

Proceso No 11260

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta No. 14

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil tres (2003).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado HERNÁN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ contra el fallo proferido el 16 de mayo de 1995 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá) que modificó el del Juzgado 5° Penal del Circuito de la misma ciudad que el 2 de marzo del mismo año lo condenó como responsable del delito de homicidio agravado, para reducirle la condena a homicidio simple y la pena de 400 a 208 meses de prisión.

HECHOS:

Fueron objeto de la siguiente reconstrucción histórica por parte del Tribunal:

“José Gildardo Gómez Osorio, HERNÁN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y Luis Alberto Suárez Cardona se pusieron de acuerdo para matar a los miembros de la Policía Nacional Cabo Jairo Hernando Burbano Salazar y el Agente Reinaldo Botache Aguirre, escogiendo la noche del 30 de abril de 1993 para llevar a cabo el alevé homicidio.

“El escenario de los sangrientos hechos está ubicado cerca de las instalaciones del SENA, sobre el carreteable que comunica a la ciudad de Florencia con el municipio de El Doncello, Caquetá, y la acción homicida es ejecutada aproximadamente a las diez de la noche de la mentada fecha.

“El señuelo para hacer llegar a las víctimas al sitio del macabro episodio es la falsa información entregada por José Gildardo a los policiales consistente en que por el sector indicado pasaría el vehículo DAIHATSU, modelo 82, con placas NM-0762, con un cargamento de estupefacientes cocaína para que lo incautaran y se apropiaran de él. El mensaje despertó la codicia de los deshonestos gendarmes, en el tiempo convenido transportándose en una motocicleta hicieron acto de presencia en el lugar concertado, donde fueron vilmente asesinados por múltiples impactos de armas de fuego percutidas por los tres violentos gestores de la celada hábilmente tendida a los incautos uniformados.

“José Gildardo Gómez Osorio se hurtó dos cadenas de oro que pendían del cuello del cadáver de Burbano Salazar, abandonando enseguida los tres delincuentes el lugar de los hechos, refugiándose cada cual en su vivienda de Florencia”.

#### ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 1 de mayo de 1993, la Dirección Seccional de Fiscalías de Florencia dispuso la apertura de investigación preliminar, con fundamento en las diligencias de levantamiento de los cadáveres del suboficial de la Policía Nacional Jairo Hernando Burbano Salazar y el agente de la misma Institución, Reinaldo Aguirre Botache. Practicadas algunas diligencias de allanamiento y aprehendidas dos personas en posesión de elementos de uno de los occisos, el mismo día se ordenó la apertura de la instrucción.
2. El 2 de mayo se escuchó en indagatoria a uno de los capturados y el mismo día se libraron órdenes de captura en contra de otros presuntos implicados, entre ellos

HERNÁN N. Alias “La Zorra”, quien el 4 siguiente se presentó voluntariamente ante la Fiscalía acompañado de su abogado, se le recibió indagatoria y se le definió la situación jurídica el 7 de mayo de 1993 imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto responsable de 2 delitos de homicidio.

3. El 27 de agosto de 1993 la Fiscal 6ª Delegada de la Unidad Especializada Grupo de Vida de Florencia, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de HERNÁN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y otros procesados, como presunto responsable de homicidio agravado - artículo 324 numeral 4° del Código Penal de la época -, decisión que al ser recurrida fue conocida por la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia para confirmarla mediante la suya del 30 de septiembre de 1993.

4. La fase del juzgamiento fue tramitada por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Florencia hasta el 2 de marzo de 1995 cuando la finiquitó con sentencia condenatoria mediante la cual le impuso a HERNÁN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ la pena de 400 meses de prisión al hallarlo responsable del delito de homicidio agravado, aunque no le dedujo la causal de agravación que se le imputó en la acusación, sino otra, la del numeral 7° del artículo 324.

5. De esa sentencia apeló el defensor, resolviéndose la impugnación por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia mediante la suya del 16 de mayo de 1995, que aunque confirmó la de primera instancia, lo hizo modificando la imputación en el sentido de reconocer que la agravante deducida en el pliego acusatorio - numeral 4° del artículo 324 - no existía, e igualmente retirando la que el Juzgado imputó ilegalmente - numeral 7° del artículo 324 - llamando la atención sobre la exclusión expresa que la resolución de acusación había hecho de ella. En consecuencia terminó reduciendo el homicidio de agravado a simple y consecuentemente disminuyó la pena a 208 meses de prisión. Y,

6. Contra esa providencia se formuló recurso de casación por parte del defensor, cuya definición ocupa la atención de la Sala.

#### LA DEMANDA:

Se presenta al amparo de la causal tercera de casación, afirmando que los Juzgadores incurrieron en error de procedimiento que se consagra como causal de nulidad en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal vigente en la época de los hechos (306 del actual).

Indica el defensor de HERNÁN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que el motivo de nulidad ocurrió porque al calificarse los hechos, éstos se estimaron como homicidio agravado por la causal 4ª del artículo 324 del Código Penal de 1980, pero, sin mediar cambio sustancial alguno, la sentencia de primera instancia se profirió por la misma conducta pero con una causal de agravación diferente, la contemplada en el numeral 7° del artículo 324.

Advierte que se trata de un cargo único pero concomitante entre la comprobada existencia de esta irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y la violación del derecho de defensa, por cuanto mientras se calificó por una conducta en la que se incluyó la actuación de autores intelectuales, el Juzgado absolvió al supuesto determinador y, sin dar oportunidad a la defensa técnica, ni a la material para hacer descargos y aportar elementos de convicción, optó por edificar una indefensión.

Considera que como la autoría intelectual fue descartada por el Juzgado, “la nulidad debe decretarse desde el calificadorio para dar la oportunidad del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, para solicitar pruebas que contradigan la presunta indefensión”, pues resulta favorable para su defendido demostrar que ante una justificante, no hay indefensión.

Finaliza señalando que no existe otro remedio procesal y que el Tribunal incurrió en error

al reformar una sentencia sobre un juicio viciado de nulidad, razón para solicitar que se decrete la nulidad de lo actuado desde el calificadorio.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en Casación Penal le sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado porque el cargo formulado en su contra no encuentra demostración.

Aunque resulta cierto que en el pliego de cargos se formuló una causal de agravación específica diferente de aquella por la cual terminó condenado el Juez de primera instancia, es lo cierto que el Tribunal se apartó del criterio de su inferior funcional y por eso concluyó dictando sentencia por homicidio simple.

De esa manera, la demanda termina sustentando un vicio inexistente que compromete gravemente su éxito y la suerte final de la misma. No obstante, le parece que todo se debe a una confusión del censor al refundir uno de los elementos de la causal genérica de agravación que incluyó el Tribunal en el proceso de dosificación con la de agravación específica que expresamente excluyó.

Sin embargo, la claridad de la sentencia del ad quem al abordar el cálculo de la pena es tan meridiana que excluye cualquier motivo de nulidad, razón suficiente para que se le sugiera a la Corte no casar el fallo impugnado.

#### LA CORTE CONSIDERA:

1. El demandante pasa por alto que las reglas de técnica al demandar en casación son igualmente aplicables cuando se invoca la causal tercera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, una de las cuales le impone la obligación de especificar el cargo de nulidad conforme a las causales que consagra el artículo 306 (304 del Código derogado), sin que pueda refundir en un solo tema, aunque el uno incida en el otro, las

afectaciones al debido proceso y los atentados al derecho de defensa, pues uno y otro suponen razones fácticas propias, motivaciones jurídicas y trascendencia diversas y, cuando haya lugar, formas de reparación del vicio diferentes.

2. Sin perjuicio de lo anterior, lo alegado en la demanda, de no haber sido reparado por la sentencia de segunda instancia - como adelante se verá - debió proponerse al amparo de la causal segunda de casación, pues en estricto sentido lo que se está planteando es un problema jurídico de inconsonancia de la sentencia con los cargos formulados en la acusación.

En efecto, al reclamarse que el pliego acusatorio se formuló por homicidio, agravado por la circunstancia definida en el numeral 4° del artículo 324 y que en la condena de primera instancia se absolvió de esa causal, pero se le condenó por la del numeral 7°, estado de indefensión, tal situación, permitiría que la Corte realizara una simple confrontación entre una y otra pieza jurídica para concluir en la existencia del error y en consecuencia quedaría habilitada para dictar la sentencia sustitutiva ajustándola a la acusación.

3. En verdad lo detallado en el punto anterior ocurrió en la actuación, pues en contra de HERNÁN HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se profirió resolución de acusación que calificó jurídicamente la conducta imputada como homicidio agravado por el numeral 4° del artículo 324 del Código Penal de 1980 - vigente en la época -, discurriendo la parte motiva sobre la existencia de "mandato" y sobre una presunta autoría intelectual de otros coprocesados (folios 628 a 653, cuaderno original 1).

Al conocer de esa providencia la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, la confirmó y expresamente excluyó que hubiera existido otra causal de agravación del homicidio:

"No es válida la afirmación de la defensa en cuanto a que la Fiscalía se ha basado en suposiciones para proferir la resolución impugnada, puesto que la misma refleja la

realidad procesal y al efecto, el que Suboficial y Agente estuvieran o no armados no desvirtúa la ocurrencia del hecho, ni da razón en el primer evento para el reconocimiento de la justificante, pues no tuvieron la menor oportunidad de utilizarlas ya que concurren desprevénidos a la emboscada preparada por quienes les dieron muerte y en estas circunstancias de nada les servían si las tuvieran y es que de no mediar la duda acerca de tal hecho, habría lugar a endilgar además la circunstancia de agravación del artículo 324-7”.

En la sentencia de primera instancia se absolvió al presunto autor intelectual y se condenó a los materiales - el recurrente entre ellos - por el delito de homicidio agravado, pero se afirmó que por la causal 7ª del artículo 324 - indefensión -.

4. La actuación no culminó allí, interpuesto el recurso de ley por el defensor del acusado HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la sustentación oral abordó, expresamente el tema de la evidente incongruencia, afirmando que el Juez de primera instancia “contra todo acierto jurídico resulta condenando por unos hechos y cargos diferentes a los que se le formuló en el llamamiento a juicio” (folio 23, cuaderno del Tribunal) y, más adelante (folio 35), hizo una exposición en extenso sobre ese aspecto, trayendo incluso citas de antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

5. Al ser uno de los motivos fundamentales de la impugnación, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia lo abordó y lo resolvió en los siguientes términos:

“La situación jurídica de los inculpados debió agravarse por la promesa remuneratoria de que habla Gómez Osorio, según lo hemos destacado líneas atrás; el sentenciador guardó silencio sobre este aspecto, no explica por qué el homicidio fue agravado, de acuerdo con la circunstancia anotada en el pliego de cargos - art.324-4 - que comprende varias hipótesis. Entonces, si Millán Quiroga fue absuelto en la sentencia que revisamos

y la suerte ante la justicia de Angarita Ríos se desconoce, que por lo demás está en igualdad de circunstancias con Luis Fernando, decisión que por mandato del artículo 217 del C. de P. Penal, es intocable para la Sala, se cae por sustracción de materia la agravante, haciéndose necesario el ajuste punitivo que corresponde.

“El Juzgador no está autorizado legalmente para agravar la punibilidad con una circunstancia diferente a la plasmada en el pliego de cargos. Si tuvo la intención de deducir en contra de los acriminados aquella relacionada en el numeral 7° del art. 324 del Código Penal, por hablar en su providencia de indefensión, ello resulta a todas luces desatinado, no sólo por la razón expuesta, sino porque incluso en el interlocutorio dictado por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal el 30 de septiembre de 1993, por medio de la cual confirmó la Resolución Acusatoria que afectó a los prenombrados, rechaza esta posibilidad, aunque, con argumento equivocado (...)”.

6. Surge de lo anterior la improsperidad del cargo formulado por el censor en la demanda de casación, pues el motivo de anulación que alega no existe. Hubo, evidentemente, un error que se plasmó en la sentencia de primera instancia, pero frente a él se utilizó el mecanismo que el ejercicio del derecho de defensa aconsejaba, habilitándose al superior funcional para corregirlo en la forma y términos en que finalmente quedó resuelto el problema jurídico.

7. De esa manera, resulta absurdo lo reclamado por el demandante al señalar que debe anularse la actuación, para que pueda ejercerse la defensa frente a la imputación de la sentencia de primera instancia y luego dictarse el fallo que absuelva a su representado de esa agravante.

La ilogicidad del argumento es evidente, por cuanto el derecho de defensa ya se ejerció mediante la interposición del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia y el vicio fue reparado por el Tribunal al retirar, no solo la agravante arbitrariamente

introducida por el a quo, sino absolviendo por la deducida en la acusación, razones que impusieron que la sentencia finalmente quedara reducida a la autoría del delito de homicidio agravado (2) respecto del recurrente HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

En tal evento, se repite, la actuación debe mantener su presunción de legalidad, pues se respetaron las reglas que conforman el debido proceso y, en consecuencia, no hubo ninguna incidencia negativa sobre el ejercicio del derecho de defensa. No prospera el cargo único.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por

autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia impugnada.

Adviértase que contra la presente decisión no procede recurso alguno, y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

CÚMPLASE

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL  
CASTELLANOS

HERMAN GALÁN

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE

A.

GÓMEZ GALLEGO

Permiso

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO  
PINZÓN

ÁLVARO O. PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria