

Proceso N° 11636

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 25

Magistrado Ponente :

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de febrero del año dos mil.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de diciembre veintiuno de mil novecientos noventa y cuatro, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó al procesado OSCAR JHONNY TABARES GARCIA por el concurso de delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado y hurto calificado - agravado.

Hechos y actuación procesal.-

El veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y dos, ante el Juzgado segundo de Instrucción Criminal Permanente con sede en Guadalajara de Buga, compareció DARIO GONZALEZ GONZALEZ para denunciar la desaparición, desde la tarde anterior, de su esposa MARIA EUGENIA VILLA ARGAEZ quien se desplazaba en su vehículo Campero Mitsubishi de placas LM 1644.

El día 29 siguiente, en una alcantarilla ubicada a unos siete kilómetros de la carretera que del sitio Picapiedras conduce al Corregimiento Piedras, comprensión del Municipio de Yotoco (Valle), el Inspector Departamental de Policía del lugar, practicó el

levantamiento del cadáver de la referida señora, el cual presentaba un impacto de bala en la cabeza.

Abierta la investigación por el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal se vinculó mediante indagatoria a HECTOR GONZALO TORO SAAVEDRA (fl. 39), OSCAR JHONNY TABARES GARCIA (FL. 48), GILDARDO ARISTIZABAL CASTAÑO (fls. 52 vto.) y RODRIGO GARCIA HENAO (fls. 58 y ss.), a quienes definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso de delitos de secuestro, homicidio y hurto calificado-agravado. Posteriormente, también se vinculó a LUIS FERNANDO AGUDELO BERRIO (fls. 195), y GUILLERMO ANTONIO OCAMPO MONTOYA (fl. 199), respecto de quienes un Juzgado de Instrucción de Orden Público, con sede en Cali, a donde fueron remitidas las diligencias, decretó igual medida por el delito de receptación.

A petición del sindicado OSCAR JHONNY TABARES GARCIA (fl. 470-), y del defensor de GILDARDO ARISTIZABAL CASTAÑO (fl. 39-2), el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro se llevó a cabo la “diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada”, en la cual la Fiscalía Primera Antisecuestro de Tuluá, a donde fueron remitidas las diligencias, los acusó “como responsables a título de autores de los delitos de: HOMICIDIO, de que trata el C. Penal en su Libro Segundo, Título XIII, Capítulo Primero, art. 323, con las circunstancias de agravación punitiva previstas en el art. 324, numeral 7; SECUESTRO EXTORSIVO, de que trata el C. Sustantivo en su Libro Segundo Título X, Capítulo I, art. 268, con las circunstancias de agravación señaladas en el art. 270, numeral 2º y sin que concurran las circunstancias de atenuación punitiva señaladas en el art. 271 ibidem; HURTO AGRAVADO, de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título XIV, Capítulo Primero, Artículo 351, Numerales 6 y 10 y bajo las circunstancias genéricas de agravación señaladas en el Art. 372 Numeral 1, sin que se observe que estén incurso en causales de justificación, inimputabilidad o inculpabilidad a que se refieren los Artículos 29, 31 y 40 del Código Sustantivo, siendo éstos los cargos por los

que deben responder los sindicatos”, los cuales fueron aceptados expresamente por ellos (fls. 177 y s-2).

Por sentencia anticipada proferida el diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, un Juzgado Regional de Cali (Valle), luego de aprobar el acuerdo que para la terminación prematura del proceso llegaron la Fiscalía y los implicados Aristizabal Castaño y Tabares García, condenó a cada cual a la pena principal de ciento ochenta y cuatro (184) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, entre otras determinaciones, al hallarlos penalmente responsables de los delitos imputados en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada (fls. 312 y ss-2).

Contra esta determinación, oportunamente el defensor de OSCAR JHONNY TABARES interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Nacional, al desatar la alzada en decisión mayoritaria resolvió modificar la sentencia recurrida, en el sentido de condenar a los procesados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, y confirmarla en sus restantes partes (fls. 2 y ss. cno. Tribunal).

Contra el fallo de segundo grado, oportunamente el defensor interpuso recurso extraordinario de casación (fl. 27), el cual fue concedido por el ad quem (fl. 36) y dentro del término legal se presentó la correspondiente demanda (fls. 74 y ss. cno. Trib.), declarándose ajustada a las prescripciones legales por la Sala (fls. 24 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en la causal primera de casación, prevista por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, un solo cargo se postula contra el fallo del Tribunal:

CARGO UNICO. (Violación directa de la ley sustancial).

Se aduce en la demanda que el Tribunal violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, al no tener en cuenta la confesión de Oscar Jhonny Tabares García, quien, sin encontrarse en situación de flagrancia, “desde su primera versión confesó el hecho y sus responsables”, lo cual hubiere determinado una reducción en una tercera parte de la pena.

También, agrega, se violó, por falta de aplicación el principio de favorabilidad de que trata el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que el precepto contenido en el artículo 299 ejusdem, vigente por la época de los hechos, es más favorable que la modificación introducida por el artículo 38 de la Ley 81 de 1993, pues mientras en aquél la rebaja es de una tercera parte, en la actualmente vigente, es de apenas una sexta parte.

La falta de aplicación, en la individualización judicial de la pena, de las referidas disposiciones, continúa, condujo al quebrantamiento, también directo, del artículo 61 del Código Penal, “por mala aplicación, pues que se rebasó en sus límites punitivos y en los incrementos y en la base de los hechos punibles concursantes, ostensible desde luego al no efectuarse el descuento de la tercera parte de la pena, dispuesto en el artículo 299 del C. de P. P. entonces vigente.”

En el capítulo que la demanda dedica a la “sustentación y demostración del quebranto directo de la ley”, y luego de transcribir el contenido del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, sostiene que no obstante afirmar el Tribunal que, ‘...cada circunstancia, cada pasaje delictivo, aparece narrado sin escrúpulo por GILDARDO y OSCAR JHONNY, aún en las versiones libres y espontáneas, ratificadas en la indagatoria y aceptadas finalmente en la audiencia de cargos para la sentencia anticipada y respaldada’ por las demás pruebas, y concluir congruente la confesión de ellos a efectos de establecer su responsabilidad, en la individualización de la pena dejó de aplicar sanción prevista para los infractores confesantes, ya que “no le redujo a Oscar Jhonny

Tabares García, para el caso su condena, 'la pena en una tercera parte' lo que le hubiera significado un descuento de hasta por lo menos 92 meses de prisión".

Por esto, estima el actor, se quebrantó en forma directa la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 299 del C. de P. P. vigente por la época de ocurrencia de los hechos. En el mismo sentido, también se transgredió el artículo 10 del C. de P. P. relativo al principio de favorabilidad, por ser el artículo 299 del C. de P. P., más favorable frente a las regulaciones contenidas en el artículo 38 de la Ley 81 de 1993. Y, agrega, el quebrantamiento alcanzó también, al artículo 61 del C.P., "por mala aplicación" dado que al no haberse efectuado la reducción punitiva, rebasó sus límites.

Considera entonces el casacionista, que de haber sido aplicadas en el fallo las disposiciones que cita como transgredidas, los 184 meses de prisión a que fue condenado JHONNY TABARES GARCIA, "se hubieran reducido en por lo menos 92 meses más, para restarle únicamente, o mejor quedarle tan solo 92 meses en total, de prisión, como pena principal, con la reducción equivalente en las penas accesorias".

Concluye el discurso solicitando a la Corte casar parcialmente el fallo materia de impugnación extraordinaria, y dictar el que deba reemplazarlo modificando, para reducirlo, el quantum punitivo respecto del procesado TABARES GARCIA (fls. 74 y ss).

Alegato de no recurrente..

Dentro del término de traslado, previsto por el artículo 226 del C. de P. P, la defensora de GILDARDO ARISTIZABAL CASTAÑO, manifiesta adherirse a los argumentos presentados por el demandante y coadyuva su petición, para solicitar que el fallo debe ser casado parcialmente "para que se tenga en cuenta la reducción de pena por confesión a los

dos condenados”(fls. 110 y ss).

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, comienza por advertir que si bien es cierto la alegación del sujeto procesal no recurrente tiene por objetivo adherirse a la petición que el casacionista presenta, sobre lo cual no ofrece reparos, es infortunada e ilegítima en cuanto persigue que los efectos de la demanda de casación se extiendan a la parte que representa, pero sin haber impugnado el fallo de primer grado, como tampoco el de segundo, en sede extraordinaria.

Estima del mismo modo ilegítimas las pretensiones del casacionista, en tanto que no obstante haber recurrido el fallo de primera instancia, el motivo de inconformidad propuesto no fue en manera alguna por la reducción punitiva que la confesión establece, con lo que por razón de lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal sobre la limitación para la segunda instancia, operó el principio de preclusión de los actos procesales y por tal motivo el fallo de primer grado confirmado por el Tribunal, figura amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, sin que pueda olvidarse, tampoco, que por haber sido proferido bajo la forma de sentencia anticipada, el procesado y su defensor solo tienen interés para recurrirlo por asuntos relacionados con la dosimetría penal, la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes.

Agrega no ser cierto que el sentenciado hubiese confesado en los términos del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, dado que negó su participación en el hecho e incluso conocer a sus compañeros de ilicitud, con lo que en opinión de la Delegada el cargo carece de fundamento, arribando a esta conclusión luego de analizar la primera versión rendida por el procesado ante el funcionario judicial.

No obstante, destaca la falta de precisión terminológica en los fallos de primero y segundo

grado, dado que si bien allí erradamente se dice que el procesado confesó, esto no sucedió por no hallarse reunidos los requisitos establecidos por la norma procesal que regula la confesión, siendo por tanto esta diversa de la aceptación de cargos prevista en el artículo 37 del C. de P. P. como forma de terminación anticipada del proceso que trae aparejada la reducción punitiva que le fue reconocida al sentenciado.

Y de conformidad con el criterio sentado por la jurisprudencia de la Corte, agrega, tampoco la confesión cualificada realizada por el procesado da lugar al reconocimiento de la aminorante punitiva, dado que ella no es trascendental en la demostración de responsabilidad penal.

Finalmente, sostiene la Delegada que el actor no logra demostrar la razón jurídica para pretender la aplicación favorable del original artículo 299 del Código de Procedimiento Penal respecto de la modificación introducida por la Ley 81 de 1993 pues, insiste, el procesado no confesó el hecho con los requisitos que la norma establece, como para hacerse acreedor al descuento punitivo por dicho concepto.

Por lo anterior, al considerar que el cargo no debe prosperar, sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado.

SE CONSIDERA:

CARGO UNICO.

Según ha sido advertido, el actor postula la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, norma que considera

favorable frente a la actual regulación contenida en el artículo 38 de la Ley 81 de 1993, lo que a su criterio determinó que la pena impuesta en la sentencia anticipada proferida en contra del procesado fuera mayor de la que en su opinión le corresponde.

Como la demanda se dirige contra una sentencia de segunda instancia proferida dentro del trámite especial previsto por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, necesario resulta evaluar el eventual interés que podría asistir al casacionista para su postulación, pues de encontrarse que él no concurre cualquier consideración de fondo sobre el punto, devendría inocua.

La jurisprudencia ha sido persistente en sostener que cuando el fallo impugnado en casación corresponda a una sentencia de conformidad, proferida dentro del trámite abreviado, los aspectos respecto de los cuales puede interponerse la apelación también condicionan la viabilidad del recurso extraordinario de casación, sin que por tanto resulte acertado proponer la discusión de temas distintos de aquellos posibles de ser aducidos, pues según las previsiones al respecto establecidas por el artículo 37 B del Código de procedimiento Penal, el defensor y el procesado solamente pueden plantear motivos de inconformidad en el campo de la individualización judicial de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes.

En este caso, la razón de disenso que se expone, radica en no haber reconocido los juzgadores la diminuyente punitiva establecida por el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal. Y aunque el actor omite mencionar el cumplimiento en el proceso de los requisitos que para configuración de la confesión prevé el artículo 296 ejusdem, habría de entenderse que en abstracto asistiría interés al impugnante para proponer el debate en sede de casación, dada la relación que la censura tiene con la determinación de la pena.

No obstante, como con tino lo señala la Delegada en su Concepto, su proposición



deviene ilegítima dado que el punto no fue motivo de inconformidad cuando el defensor del procesado hizo uso del recurso ordinario de apelación, siendo claro que al no haber sido propuesto como tema de debate en segunda instancia, no fue objeto de la decisión de segunda instancia y ningún agravio pudo habersele generado debido a que la competencia del ad quem se hallaba restringida a la respuesta de las razones de disenso, conforme regulación expresa que al respecto trae el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, máxime si la materia de revisión en la segunda instancia lo constituía un fallo de mérito proferido en el trámite de la terminación anticipada del proceso, exento, por tanto, del grado jurisdiccional de consulta, a las voces del artículo 206 ejusdem.

En ese sentido es de recordarse que “interpretando la normatividad reguladora del recurso de apelación, también es cierto, la Corte reiterativamente ha advertido que cuando el apelante de la sentencia de primera instancia, en los eventos en que no procede la consulta, asintió con determinados aspectos de ese pronunciamiento al no impugnarlos, desaparece su interés jurídico para objetar extraordinariamente la sentencia de segundo grado en relación con esos precisos aspectos, que al no haber sido tema de controversia apelacional, no pueden dar ocasión a errores del fallador de segunda instancia susceptibles de enmienda en sede casacional, salvo, entre otros eventos, que este último pronunciamiento llegue a desmejorar la situación del procesado en términos que traduzcan un quebranto de la prohibición de reforma en perjuicio consagrada en la Carta Política, donde sí franquea la posibilidad al recurso de casación” (Sentencia de casación, abril 20/99. M.P. Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA).

Si bien el tema en comento ha sido objeto de desarrollos posteriores por la Corte, el evento bajo examen no se ubica en alguna de las hipótesis previstas por la jurisprudencia, como para entender que por virtud de aquellas subsiste el interés del casacionista.

Dijo la Corte:

“Retomando los planteamientos expuestos, se concluye que el sujeto procesal que no haya impugnado el fallo de primer grado, solo tendría interés para recurrir en casación la sentencia de segunda instancia, en los siguientes casos:

“a) Cuando por virtud del recurso interpuesto por otros sujetos procesales, o los efectos vinculantes de la decisión de segundo grado, el pronunciamiento afecte su situación jurídica en forma desfavorable;

“b) Cuando el fallo de primera instancia esté sujeto al grado jurisdiccional de consulta, cualquiera que sea el contenido de la decisión de segunda instancia; y,

“c) Cuando la casación verse sobre nulidades” (Auto Casación febrero 11 de 1999).

Posteriormente, precisó la Sala que a efecto de establecer si al casacionista le asiste interés para recurrir en casación se requiere evaluar la complejidad de lo alegado y resuelto ante los juzgadores ordinarios, “debiéndose confrontar el fallo de primera instancia, con el fundamento de la apelación y el del recurso extraordinario”, salvo los “casos como los de la audiencia especial y la sentencia anticipada, en los que la propia normativa predetermina los eventos en los que se presume la existencia de dicho interés” (Sentencia de casación. Diciembre 14/99. M.P. Dr. GALVEZ ARGOTE).

Para llegar a demostrar que el defensor del procesado OSCAR JHONNY TABARES GARCIA, carece de interés para recurrir extraordinariamente el fallo de primer grado, basta solamente con traer a colación el argumento central de inconformidad al fallo de primera instancia, el cual, dada su brevedad permite transcripción integral:

“El señor Juez Regional, acogiendo el acuerdo celebrado por los procesados GILDARDO ARISTIZABAL CASTAÑO y OSCAR JHONNY TABARES GAVIRIA (sic) ante la Fiscalía Antisecuestro Delegada de Tuluá, profirió sentencia en que condena a cada uno de los procesados a la pena principal de doscientos setenta y seis meses (276), los cuales por efecto del beneficio consagrado en el art. 37 del C. P. P., se redujeron en definitiva a un total de ciento ochenta y cuatro (184).

“La pena allí impuesta tuvo su base en la imputación de los siguientes cargos: ‘Violación a los arts. 323, con las circunstancias de agravación punitiva previstas en el Nral. 7 del art. 324 del Código Penal; art. 268, con circunstancia agravante prevista en el numeral 2º del art. 270 y los artículos 351, numerales 6º y 10º, con circunstancias genéricas de agravación previstas en el numeral 1º del artículo 372, todos ellos del Código Penal’.

“Así mismo consideró el Señor Juez, dadas las circunstancias personales de los procesados, partir, para dosificación del mínimo establecido para el más grave de los delitos a sancionar, esto es, 16 años para el delito de Homicidio Agravado o, en términos de meses, ciento noventa y dos (192). Sobre este quantum inicial aumentó la pena en ochenta y cuatro meses más, sin entrar a explicar y cuantificar el monto que imponía por cada uno de los delitos conexos. De aquí nace nuestro primer motivo de inconformidad por cuanto al procesado ha de indicársele no sólo el monto total de la pena a purgar sino que también, en casos como este y en desarrollo del principio de la seguridad y la certeza judicial que el estado debe ofrecer a los justiciables, ha de informarle el monto punitivo concreto y específico que la justicia ha estimado como sanción por cada punible.

“Pero, además de lo anterior, surge un nuevo y más dimensionado inconformismo con el proveído que ahora nos ocupa por cuanto se condenó a los procesados por la conducta calificada como Secuestro Extorsivo (art. 268 del C. P.), agregándole circunstancias

agravantes (art. 270 Nral 2 lb.), que jamás fueron debatidas en el proceso y que no tuvieron ocurrencia pues de lo allegado al sumario jamás podría deducirse que la víctima de los actos que ahora se juzgan haya sido sometida a tortura física o moral durante el tiempo que estuvo secuestrada. Los autos dan cuenta de la forma en que la señora María Eugenia Villa Argáez fue sustraída de su casa y de que durante todo el tiempo que estuvo en compañía de sus victimarios creyó asistir a una cita clandestina con su amante y dispuesta a departir con ellos momentos de esparcimiento, hechos estos que constituyen precisamente los actos engañosos para su sustracción”.

“Así las cosas estimo que la sentencia recurrida entraña errores en cuanto a la dosimetría de la pena, puesto que el hecho de partir, para la dosificación, de un secuestro extorsivo agravado, hace más severa la pena, hablando sólo en términos porcentuales, hasta en un 50%.

“Quedan así esbozados los motivos que me llevan a no compartir la sentencia que se ataca, y más concretamente el quantum punitivo, razones que estimo más que suficientes para que dicha providencia sea enervada por el ad quem y proferida en su lugar la que en derecho corresponda, conforme con la realidad obrante en la foliatura y señalada debidamente la punición establecida para cada reato en concreto”.

El Tribunal, para entender debidamente delimitado el objeto de su pronunciamiento bajo la forma de sentencia de segunda instancia, precisó lo siguiente:

“Consecuentes con la limitación que ahora ostenta la judicatura colegiada frente al examen de providencias con motivo del recurso de apelación, por cuanto a voces del artículo 217 del Estatuto de Procedimiento Penal, únicamente le permite revisar los aspectos impugnados y que, en la hipótesis del apelante único condenado, no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, la Sala se avendrá a dicho mandato constitucional y legal en aras de garantizar la hegemonía del derecho fundamental inserto en el

artículo 31”.

Y luego de la evaluación correspondiente, procedió la Corporación de instancia a “CONFIRMAR integralmente la sentencia en sus aspectos materia de impugnación”.

Se observa entonces cómo la parte que ahora recurre en sede extraordinaria, renunció tácitamente a la posibilidad de controvertir en casación aquellos temas, puntos o aspectos que no fueron objeto de inconformidad con el fallo de primera instancia, entre ellos el relacionado con la acreditación de los presupuestos establecidos en la ley para declarar probada la confesión del procesado, y aquellos que conducen al reconocimiento de la disminuyente punitiva por este concepto, con lo que se demuestra que ningún agravio le podía irrogar el pronunciamiento de segunda instancia, y, por tanto, la ausencia de interés jurídico para acudir a la casación como medio de discusión del tema que postula en la demanda, que, se insiste, no aparece comprendido en el objeto de pronunciamiento de la segunda instancia.

Finalmente, dada la improsperidad de la censura por ausencia absoluta de interés, es de advertirse la contradicción en que incurre la Delegada pues mientras, de una parte destaca la ausencia de “legitimidad” del impugnante para acudir en sede extraordinaria, seguidamente aborda el análisis del fundamento del cargo, lo cual implica tener que reconocer la presencia de un contrasentido en la argumentación, pues es entendido que la inexistencia de interés por no haberle reportado agravio alguno al impugnante con la decisión que combate, impide tramitar el recurso y, por su puesto, enerva cualquier posibilidad de pronunciamiento de fondo en el asunto. Por esa misma razón, no encuentra la Sala asidero que le permita referirse a la pregonada violación del principio de favorabilidad, el cual supone la aplicabilidad de la norma que aquí se discute, ni a los alcances de la intervención en sede de casación de la parte no recurrente que

coadyuva la impugnación.

Entonces, como el casacionista carece de interés para introducir a destiempo argumentos fácticos y jurídicos no expuestos cuando recurrió en apelación, se impone la desestimación de la demanda.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

DESESTIMAR LA DEMANDA DE CASACION. Devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE JORGE A. GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

