

Proceso N° 12075

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE CÓRDOBA POVEDA

Aprobado Acta N° 113

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil (2000).

V I S T O S

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSÉ GILBERTO GARCÍA RESTREPO, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, el 19 de marzo de 1996, en la que lo condenó a la pena principal de 60 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de los delitos de hurto calificado y agravado.

Así mismo, lo condenó a pagar por concepto de perjuicios materiales 500 gramos oro y por los morales 100 gramos del mismo metal.

H E C H O S

El primero de marzo de 1994, cuando el señor Yilberto Patiño Patiño llegó conduciendo su tractomula cargada a la calle 30, en la entrada al barrio Hipódromo de la ciudad de Barranquilla, fue encañonado por varios sujetos quienes lo bajaron del vehículo y lo

subieron a otro que posteriormente dejaron abandonado.

Su compañero, Fredy Ciro, que venía escoltando el camión, dió inmediato aviso a la autoridades, por lo que 5 minutos más tarde se logró la captura de Gilberto García Restrepo, José Ramiro Moreno Camacho y Gianni Vidal Padilla y la recuperación del automotor y su carga.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscal Noveno de la Unidad Segunda de Delitos contra el Patrimonio Económico de Barranquilla, mediante resolución del 2 de marzo de 1994, declaró la apertura de instrucción.

Escuchados en diligencia de indagatoria Gianni Mariano Vidal Padilla, José Ramiro Moreno Camacho y José Gilberto García Restrepo, les fue resuelta la situación jurídica de la siguiente manera:

- 1.- Se ordenó la libertad inmediata de Gianni Mariano Vidal Padilla.
- 2.- Se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de José Ramiro Moreno Camacho, por el punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Así mismo, se le concedió la libertad provisional previo al pago de caución.
- 3.- Se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra José Gilberto García Restrepo, por los delitos de hurto calificado y agravado.

La investigación se cerró el 25 de abril de 1994 y el 3 de junio siguiente se calificó el mérito del sumario, acusando a José Gilberto García Restrepo por el delito imputado en precedencia y precluyendo la investigación en favor José Ramiro Moreno Camacho y Gianni Mariano Vidal Padilla.

Tal proveído quedó ejecutoriado el 8 de julio siguiente.

El expediente pasó al Juzgado 13 Penal del Circuito de Barranquilla que, luego de tramitar en debida forma el juicio, dictó la sentencia de primera instancia, el 19 de diciembre de 1995, en la que condenó José Gilberto García Restrepo a la pena principal de 60 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de los delitos de hurto calificado y agravado. Así mismo, lo condenó a pagar por concepto de perjuicios materiales 500 gramos oro y 100 gramos del mismo metal, por lo morales.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de Barranquilla, al desatar el recurso interpuesto, lo confirmó en su integridad, el 19 de marzo de 1996.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado al amparo de las causales primera y tercera de casación, formula dos cargos contra la sentencia. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo:

Sostiene que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, por violación al derecho de defensa.

Inicia su exposición afirmando lo importante que resulta para la actuación penal el derecho a la defensa, al tenor de lo dispuesto en los convenios internacionales y en la Constitución Política, “el cual está constituido por el binomio sindicado y abogado”.

Respecto al procesado, advierte que es “el defensor de él mismo”, según lo consagrado en

el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, “aclarando como excepción, la sustentación del recurso de casación si no es abogado. Es lo que se conoce con el nombre de defensa material”.

En lo que respecta a la defensa técnica, dice que dicha actividad la desarrolla el defensor de confianza o el de oficio.

Luego de reseñar, según su criterio, los momentos procesales en que se cumple la defensa material, resalta como uno de los más importante el acto de la indagatoria, donde se puede violentar cuando se omiten preguntas claves. Asevera que en esta diligencia “se menospreció la petición del procesado “cuando solicitó en dos (2) oportunidades, que le llevaran al señor YILBERTO PATIÑO PATIÑO, conductor y dueño de la ‘mula’, para que lo reconociera o no como uno de los asaltantes que lo habían encañonado y despojado del automotor”.

También califica como grave “omisión o negligencia” de la instructora, haber desatendido la cita que hizo el procesado del señor Carlos Alberto Posada, persona que frecuentaba el parqueadero “Los Puentes” de la ciudad de Medellín, pues su prohijado se estaba defendiendo del interrogatorio, al “sacar a flote” que no actuó como autor del asalto, “ya que en un plano de discusión, se le podría endilgar responsabilidad en el punible, pero a título de cómplice”, circunstancia ésta que condujo a que se le vulnerara el derecho a la defensa material.

Asevera que si la instrucción hubiese sido más “científica”, se habría aclarado todo este “laberinto” del hecho delictual, llegando a la conclusión que García Restrepo no actuó como autor sino como cómplice. La Fiscal no hizo nada para capturar a Carlos Alberto Posada, en atención a lo solicitado por aquél.

Aduce que tal yerro llevó a que se violara el artículo 29 de la Constitución Política, el 24 del Código Penal, el 304.3 y el 333 del Código de Procedimiento Penal.

En el capítulo que llamó “INCIDENCIA JURÍDICA NEGATIVA POR HABER QUEBRANTADO LA DEFENSA MATERIAL”, dice que si no se hubiese “frenado la defensa material” se tendría el siguiente panorama:

- 1.- Que el procesado nunca confesó haber pertenecido a una banda de delincuentes, esto es, que no actuó solo sino que fue “trampiado” por el señor Posada, quien lo contrató de mala fé.
- 2.- Que la Fiscalía no determinó los elementos que se iba a hurtar García Restrepo.
- 3.- Que si se observa el tipo subordinado que contempla el numeral 1° del artículo 350 del Código Penal, está convencido que su defendido no actuó con violencia.
- 4.- Que el numeral 6° del artículo 351 de la misma obra tiene la conjunción “o” que es disyuntiva, por lo que, a su juicio, ameritaba saber qué era lo que pretendía hurtar el procesado si eran las partes importantes, o el motor, por ejemplo, o la carga de jabón que llevaba la tractomula.

Piensa que lo anterior puede ser irrelevante, pero estima que si se hubiera hecho un análisis profundo se habría determinado el grado de intervención en el hecho punible (autoría o complicidad).

Luego de enunciar unos ejemplos, agrega:

“Lo anterior nos da firmeza para exigir del instructor, definición de ese marco jurídico que incide en la aplicación de la pena. El beneficio es ostensible en la complicidad ya que el elemento subjetivo es de muchísimo menos implicación en el hecho punible. En efecto, el artículo 24 del C.P., establece que a quien se le haya atribuido una responsabilidad penal a título de cómplice, la pena imponible será disminuida de una sexta parte a la mitad”.

Reconoce que los argumentos citados en precedencia son propios de la causal primera de casación. Sin embargo, cree que “por no haberse llevado una buena instrucción, se despejan como en cascada, toda un serie de elementos que necesariamente hay que tocar”.

Segundo cargo:

De manera subsidiaria, acusa al fallador de haber vulnerado de manera indirecta la ley sustancial, por error de hecho.

Agrega que la captura en flagrancia del procesado fue la prueba básica para que la funcionaria instructora diera como establecido y consumado el delito de hurto calificado y agravado, aprehensión que se produjo “sólo cuando mi defendido iba a unos 500 metros del recorrido con el camión”.

Tal hecho fue avalado por los sentenciadores de primera y segunda instancia para inferir la consumación del hurto, para lo cual el Tribunal se apoyó en un ejemplo que trae un tratadista.

Contrariando lo afirmado por el Tribunal, el censor procede a plantear ejemplos y dice que en lo que atañe al hurto de la tractomula, está claro que su defendido no alcanzó a recorrer 500 metros con el automotor, que el señor Patiño jamás lo perdió de vista y que el objeto jurídico protegido (camión y carga), “resultaron intactos, jamás sufrieron desmejoras, menguas, deterioro, etc...”.

Por tal motivo, resalta:

“Así las cosas, considero que la prueba de la captura en flagrancia fue apreciada y valorada deficientemente, violándose así el artículo 254 del C.P.P. (decreto 2700/91), con proyección al artículo 22 C.P. (Decreto 100/80), que en definitiva debió aplicarse y no en

el grado de delito acabado. Por lo tanto, según lo expuesto anteriormente, se configuró el error de hecho)".

En el acápite que llamó "PETICIONES", solicita que, en lo que atañe al cargo de nulidad, se invalide parcialmente el proceso y se reenvíe el expediente para que se reponga la actuación a partir de la diligencia de indagatoria. Con respecto al reproche subsidiario, que se case la sentencia y se acepte que la conducta desplegada por el procesado fue en el grado de tentativa.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO

DELEGADO EN LO PENAL

Sobre el reproche de nulidad, advierte que si bien la propuesta aparece acorde con los lineamientos de la causal tercera, el censor no logra demostrar la violación del derecho de defensa.

Dice que la omisión en la práctica de pruebas comporta nulidad, en la medida que los medios de convicción dejados de practicar hubieran cambiado las características del fallo, siendo deber del libelista "demostrar que de la actuación refulge la probabilidad que tienen esas pruebas de mostrar favorablemente la situación del imputado".

En el presente asunto, estima que el censor no comprueba cómo dicha omisión probatoria es trascendente frente a las resultas del proceso, al simplemente enunciar una serie de postulados probatorios, sin desarrollo "en punto de la categoría de la complicidad que deprecia en favor de su defendido".

De otro lado, manifiesta que el hecho de que no se hubiese practicado la diligencia de reconocimiento en fila de personas por parte del señor Yilberto Patiño Patiño, en modo alguno vulnera el derecho de defensa del acusado, en razón a que las circunstancias en que

se produjo la captura, esto es, cuando conducía el automotor hurtado momentos antes, emprendiendo la fuga ante los requerimientos policiales, por manera se verían desvirtuadas por el acopio de esta diligencia.

En torno a la falta de verificación de la cita que el procesado hace de Carlos Alberto Posada y sobre su no vinculación, dice que no reporta un error in procedendo, ya que se trató de una simple referencia que no reportaría variación en el juicio de responsabilidad, máxime cuando la misma es individual. “sin que se observe, de cara al sentido del fallo, la incidencia de dicha omisión”.

La formulación del segundo cargo no fue completa, en razón a que si bien advierte que el artículo 22 del C.P. debió haberse aplicado, resulta también evidente que las razones jurídicas de ese error de selección, brillan por su ausencia. Además de que no concretó la modalidad del yerro de hecho que denuncia.

Ahora bien, en el entendido de que se trata de un falso juicio de identidad, agrega, de todas formas el vicio de técnica casacional persiste, al no demostrar la trascendencia del desatino, y al dedicar la labor demostrativa “a la construcción de algunos conceptos ejemplarizantes y, a partir de allí, edificar sus tesis del delito no consumado, postura que desde luego -insístase- no corresponde a los puntuales parámetros de esta vertiente de ataque en sede de casación”.

Sobre el fondo del asunto conceptúa:

“Ahora bien y, sin perjuicio de las anteriores tachas, suficientes por si solas para dar al traste con las aspiraciones de la defensa, ha menester anotar que del recuento del conjunto probatorio aducido al proceso, diáfano resulta que el hurto calificado y agravado por el que se condena a García Restrepo, desde luego no se identifica como un delito cometido en la modalidad de tentativa, toda vez que es indudable que el conductor fue despojado en forma violenta del vehículo con su carga y, aunque fuese por

un corto periodo, se vio por completo desplazado del dominio que ejercía sobre esos bienes muebles”.

Por lo expuesto, sugiere a la Corte que rechace las censuras y, en consecuencia, no case la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo:

1. Con apoyo en la causal tercera de casación, acusa al fallador de haber dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa de su patrocinado, al no haberse llevado a cabo la diligencia de reconocimiento con la intervención del señor Yilberto Patiño Patiño y por la por falta de vinculación de Carlos Alberto Posada, yerro que condujo a que se vulneraran los artículos 29 de la Constitución Política, 24 del Código Penal y 304.3 y 333 del Código de Procedimiento Penal, ya que, a su juicio, la conducta delictiva la desplegó el procesado a título de cómplice y no de autor.

2.- Como lo destaca el Procurador Delegado, el cargo adolece de múltiples errores de técnica que dan al traste con el mismo, por lo que se rechazará. En efecto:

1. Aunque el libelista dice cuáles fueron las pruebas omitidas y su fuente, a saber, la indagatoria del procesado, no evidencia su utilidad ni su trascendencia, pues, como lo ha sostenido la Sala1, no basta relacionar los medios dejados de practicar, sino que se debe demostrar su importancia e incidencia, ya que no se trata de corroborar cualquier cita que el implicado haga en su injurada, ni de la práctica de pruebas de imposible ejecución, ni de la exigencia de diligencias superfluas o de evidente inconducencia, sino de las que se tornan imprescindibles para materializar con relevancia jurídica una real garantía del

derecho de defensa, en forma tal que emerja que las pruebas no practicadas podían modificar favorablemente el sentido del fallo.

Por otra parte, no se entiende qué utilidad e incidencia podían tener una diligencia de reconocimiento en fila de personas y la vinculación de Carlos Posada, si se considera, como lo puntualiza el Procurador Delegado, que la captura del acusado se produjo en flagrancia, cuando conducía el automotor hurtado momentos antes, y que emprendió la fuga ante los requerimientos policiales.

1. 2. Así mismo, y desconociendo el principio de autonomía, que rige este medio de impugnación, el demandante se desvía hacia la causal primera, hacia el error de hecho por falso juicio de existencia, cuando reprocha que no se estableció que el procesado actuó con violencia ni cuáles eran los elementos que iba a hurtar.

En consecuencia, frente a las anteriores inconsistencias técnicas y al no haberse demostrado ni aparecer que con las pruebas dejadas de practicar, se conculcó el derecho a la defensa, el cargo será desechado.

Segundo cargo:

1.- Al amparo de la causal primera de casación, el censor acusa al Tribunal de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, al calificar la captura del procesado como en flagrancia, lo que lo llevó a inferir, equivocadamente, que el delito de hurto se consumó, cuando en verdad quedó en el grado de tentativa, con lo que se dejó de aplicar el artículo 22 del C. P.

2. Igualmente le asiste razón al Procurador Delegado cuando afirma que el cargo adolece de yerros de técnica que imponen su rechazo, así:

1. No dice sobre qué medio de prueba versó el desatino que denuncia, ni cuál fue el falso juicio que lo generó, si de existencia, por suposición o preterición del medio, o de identidad, por falseamiento de su contenido material, o si el dislate consistió en un falso raciocinio, al haberse quebrantado los postulados de la sana crítica.

1. Por otra parte, el desarrollo del cargo revela, en contra de lo postulado por el demandante, que no se está censurando la apreciación de las pruebas ni la presentación de los hechos, por lo que se ha debido denunciar violación directa de la ley sustancial y demostrar que los hechos que consideraron probados las instancias, no se adecuaban a la figura de la consumación sino de la tentativa y dar las razones jurídicas por las cuales el artículo 22 del Código Penal era el llamado a regir el caso, labor que no emprendió el impugnante.

2.3. Finalmente, en un errado entendimiento de la figura de la flagrancia, el libelista da a entender que ésta sólo se puede presentar frente al delito consumado y no al tentado.

Por las razones expuestas, el cargo se rechaza.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

R E S U E L V E

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Ver, entre otras casación 9853, abril/98, M.P. Dr Fernando Arboleda Ripoll; 13864 agosto 4/98, M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar; casación 9723 mayo 20/98, M. P. Dr. Nilson Pinilla.