

Proceso N° 12158

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

APROBADO ACTA No. 139

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto del año dos mil (2000).

VISTOS

Se ocupa la Corte del fondo del recurso de casación interpuesto por el defensor de ALVARO JOSE ALFONSO MORENO, contra la sentencia proferida el 28 de marzo de 1996 por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta misma ciudad el 1° de febrero de 1996, que lo condenó por el delito de porte ilegal de arma de defensa personal agravado, a la pena principal de veintisiete (27) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término. Ordenó además el decomiso definitivo del revólver incautado al sentenciado a favor de la Nación por intermedio del Ministerio de Defensa, y le negó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

El Jefe de la Sección Operativa de Homicidios de la Dijín de Santa Fe de Bogotá, el 19 de julio de 1993 dejó a disposición de la Fiscalía a Alvaro José Alfonso Moreno, quien fuera capturado portando un revólver Smith & Wesson, calibre 38 Especial, con seis vainillas

percutidas, sin salvoconducto.

Advierte el informe de la Policía que el capturado estaba en compañía de Emiliano Guerrero Perilla y al ser requeridos por su identificación desenfundaron sus armas y se enfrentaron a los agentes, incidente en el que resultó muerto el primero de los mencionados y herido el segundo de ellos. Este hecho ocurrió en esta Capital, en el barrio Normandía o Reliquia, cuando se le hacía al inculcado un seguimiento especial para retenerlo en virtud a varias órdenes impartidas en su contra por la Fiscalía

ACTUACION PROCESAL

Con fundamento en los hechos referidos en el acápite anterior, el 20 de julio de 1993 la Unidad Especial Permanente de la Fiscalía General de la Nación dictó resolución de apertura de la instrucción en la que ordenó la práctica de varias diligencias, entre ellas la indagatoria de ALVARO JOSE ALFONSO MORENO (FI.7).

En la fecha antes indicada, a las 0:40 horas de la mañana, fue trasladado a las dependencias de la Unidad Especial y Permanente de la Fiscalía ALFONSO MORENO, con el objeto de oírlo en indagatoria, la que no pudo llevarse a efecto en atención a que condicionó la verificación de tal diligencia a la presencia de su abogado JORGE ALIRIO ROA ROMERO. Ante tal circunstancia la Fiscal ordenó la suspensión del acto procesal (FI. 8), leyéndose en el acta que la funcionaria hizo al por indagar las advertencias de que tratan los artículos 357 y 358 del C.P.P.

La actuación se reasignó a la Fiscalía Seccional Doscientos Veinticinco, despacho que avocó el conocimiento y ordenó escuchar en injurada al acusado ALVARO JOSE ALFONSO MORENO (FI. 44), motivo por el cual se trasladó el instructor a las instalaciones de la Clínica Marly para practicar la diligencia de indagatoria. Allí se le designó como

apoderado de oficio al abogado NELSON FERNANDEZ LOPERA y como el acusado se negó a absolver el interrogatorio alegando que no estaba presente su defensor JORGE ALIRIO ROA se procedió a dejar constancia por la funcionaria de la necesidad de evacuar la diligencia por la premura ante el vencimiento de términos y de las amonestaciones que se hicieron al acriminado en cuanto a lo dispuesto en los artículos 357 y 358 del C.P.P., especialmente en lo que tiene que ver con la vinculación jurídica al proceso en caso de negarse a rendir la indagatoria (Fl. 46).

El 23 de julio de 1993 la Fiscalía le resolvió situación jurídica a ALFONSO MORENO, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presunto autor del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, reconociéndole el derecho a la libertad provisional.

Mediante resolución de agosto 12 de 1993, la Fiscalía ordenó investigar la manera como fue dejado a disposición ALVARO JOSE ALFONSO MORENO de la Fiscalía Especial de Permanencia.

Cerrada la investigación (Fl. 161), la Fiscalía 251 de la Unidad de Delitos por ley 30 y otros, en providencia de marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995) procedió a calificar el mérito del sumario, lo cual hizo con resolución de acusación proferida en contra de ALVARO JOSE ALFONSO MORENO, por el delito de porte ilegal de armas.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito decretó la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la resolución de acusación y ordenó devolver el expediente a la Fiscalía para subsanar el error en que se había incurrido, pues se desplazó indebidamente al defensor del acriminado para el acto procesal en mención. Corregida la irregularidad, el Juzgado Sexto Penal del Circuito adelantó la causa, y una vez celebrada la audiencia pública, dictó sentencia condenatoria en los términos antes indicados, la que fue

confirmada íntegramente por el Tribunal Superior, al resolver el recurso de apelación interpuesto. Contra ésta última decisión recurrió en casación el apoderado del procesado.

LA DEMANDA

Primer Cargo.

Con base en la causal primera de casación consagrada en el artículo 220 del C. de P. P. el censor ataca la sentencia por considerar que es violatoria por vía directa de la ley sustancial, al haber incurrido el ad – quem en error por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal.

Al fundamentar el cargo señala:

Se estableció que la pena no excedió de tres años de prisión y que ALFONSO MORENO no registra antecedentes penales ni de policía, a pesar de ello se negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, al considerar el juzgador de segunda instancia que si bien es cierto se da el factor objetivo, “no ocurre lo mismo con el requisito subjetivo de la personalidad”.

La conclusión del fallador la critica el censor porque: a) El análisis se efectuó sin tener en cuenta la forma en que la policía ejecuta sus operativos, los cuales son de “público conocimiento”; b) Los funcionarios judiciales no se preocuparon por la muerte que se ocasionó a una persona, la que fue consecuencia de las balas “asesinas” de los miembros de la Dijín; c) El ad quem menciona que el procesado al disparar su arma puso en peligro a los “uniformados”, lo que a decir del impugnante “No es aceptable esta apreciación porque ello no ocurrió”; y, d) En la sentencia de segundo grado se calificó la conducta del procesado considerando solamente las explicaciones que dieron los agentes

para justificar su comportamiento.

A pesar de advertir que no pretende discutir los hechos, estima como un “error insalvable” el no haberse dado aplicación al artículo 68 del C.P., pues es una norma general cuya inaplicación por excepción debe inferirse de una prueba seria, que demuestre realmente la necesidad de excluir la disposición que se cita como violada.

Termina la argumentación del cargo sosteniendo que el Tribunal también violó el artículo 29 de la C.N. al no haber ajustado la decisión, “al debido proceso y a las formas propias de cada juicio respetándose el derecho a la defensa”.

Segundo Cargo.

Con apoyo en la causal tercera de casación, el actor acusa la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, al haberse cometido errores que comprometen la validez jurídica del juzgamiento.

El fundamento de la nulidad se centra en que ALVARO JOSE ALFONSO MORENO otorgó poder a un abogado para que lo representara en el proceso (Fl. 12 del C/no. No 1), no obstante ello, se le dio por vinculado a la investigación con base en una diligencia donde éste se negó a rendir indagatoria, acto para el cual se le designó como defensor de oficio al doctor NELSON FERNANDEZ LOPERA. Como el funcionario no cumplió el rito establecido para esas eventualidades por el artículo 358 del C.P.P., se violó el debido proceso y el derecho a la defensa, por falta de vinculación legal de su defendido, pues no sólo se inobservó el procedimiento indicado, sino que, además, no se le oyó en indagatoria ni se agotó el trámite a que se refiere el artículo 356 del C.P.P.

Cita como normas violadas los artículos. 2º, 5º, 13, 22, 304, 356, 358, 359 del C.P.P y 29 de la C.N.

Peticiones.

Se solicita a la Corte casar el fallo impugnado dictando si es del caso sentencia sustitutiva, total o parcialmente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal insinúa a la Corte no casar la sentencia recurrida, por estimar que los cargos formulados no pueden prosperar por las siguientes razones:

Primer cargo.

Aunque el censor advierte que no entra a discutir los hechos, lo hace de manera velada al discrepar con el contenido de la sentencia, en la que se estableció que el procesado y su acompañante desenfundaron sus armas y las accionaron contra los miembros de la Dijín, apreciación que no comparte el libelista porque en su criterio se perpetró un delito por parte de los servidores públicos, al señalar que en los hechos una vida se perdió a causa de “las balas asesinas de los miembros de la Dijín”.

Esta forma de sustentar la censura rompe los lineamientos generales de la violación directa, en tanto que los hechos deben ser aceptados por parte del casacionista en la forma como los determinó el sentenciador, presupuesto básico para formular el ataque y que el censor, al tratar de desarrollarlo, omite, afectando la prosperidad del pedimento que por esta vía intenta.

Pero aún en el evento de que se hubiera formulado correctamente la acusación, tampoco se obtendría el resultado buscado, habida cuenta que no constituye error in iudicando el que el sentenciador no reconociera el subrogado de la ejecución condicional de la pena por la actitud que mostró el procesado al enfrentar a los miembros

de la patrulla de la Dijín, por ser ese hecho muestra de una tendencia del acusado a irrespetar las reglas de convivencia social e insensibilidad para colocar en riesgo la integridad física de estos servidores públicos.

El casacionista critica la conclusión del sentenciador y le enfrenta su personal apreciación, pretendiendo que la Corte la adopte y modere las consecuencias de la pena para su prohijado, aspiración que resulta improcedente, además de ser ajena a los fines del recurso extraordinario.

Segundo cargo.

Ninguna razón le asiste al demandante en la censura propuesta, pues el funcionario judicial advirtió al procesado sobre las consecuencias que le acarreaba la negativa a rendir indagatoria, lo que debió apreciar el demandante y no obstante lo ignoró, sin fundamento alguno.

No comprende la Delegada dónde pudo surgir para el demandante la idea de una violación de las formas propias del juicio, “si la supuesta omisión presentada como falencia en la actuación, aparece evidente y clara dentro del contenido de las actas mencionadas”, detalle que demuestra la falta de fundamentación y cuidado en la elaboración de la censura, cuya prosperidad se ve comprometida, por lo que sugiere la desestimación del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Segundo cargo.

Tal como lo imponen la lógica del recurso y el principio de prioridad, se responderá en

primer término el reproche con el cual el impugnante pretende un pronunciamiento de nulidad por parte de la Corte y que fundamenta en la falta de vinculación legal al proceso de su defendido, por una supuesta omisión relacionada con las advertencias establecidas en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal.

En el desarrollo del cargo se precisó la existencia de la disposición legal que establecía como requisito de validez de la vinculación del procesado porque se negaba a responder la indagatoria, la obligación del funcionario judicial de informarle sobre las consecuencias jurídicas de ese proceder. Omitir este deber podría generar quebrantamiento de las garantías procesales y de los derechos fundamentales, en la hipótesis aludida.

En una situación como la señalada por el actor, le correspondía demostrar la existencia de un error imputable al fallador, propósito que no puede quedar satisfecho con aseveraciones como las de que en la diligencia no se observaron los requisitos establecidos por el artículo 358 del C. de P.P. En ese caso, no es suficiente exponer lo que se piensa, sino que se tiene que establecer el yerro (en este caso la omisión), demostrar su existencia, su incidencia en el fallo y la manera adecuada de corregirlo. Nada de ello logró el demandante, debido a que no enfocó la situación procesal con objetividad y distorsionó el contenido material del acta con base en la cual pretendía demostrar el equívoco judicial.

La Sala encuentra que no le asiste razón al demandante en el reproche que le hace a la sentencia, como se comprueba con el examen del texto de las actas del 20 y 22 de julio de 1993, en las cuales consta que se quiso recibir indagatoria a ALVARO JOSÉ ALFONSO MORENO. Aquéllas permiten establecer que el funcionario judicial cumplió con todos los requisitos establecidos por el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, especialmente con los descritos en los incisos segundo y tercero, pues así lo indican las referencias que sobre ello se encuentran en tales documentos, las cuales son del siguiente tenor:

En la diligencia del veinte de julio se lee:

“y le hizo las advertencias de que tratan los artículos 357 y 358 del C. de P.P. respecto de las cuales el por indagar manifestó haberlas comprendido...” (Fl. 8).

En el acta del día veintidós de julio, se consignó:

“Seguidamente la fiscalía le hace las advertencias al indagado conforme a los arts. 357 y 358 del C de P.P. quien manifestó: ‘(...). Yo no sé como pongan ahí, yo no sé nada de eso’. Se deja constancia por parte del despacho que al implicado se le indica que si se niega a rendir indagatoria se dará por vinculado legalmente conforme a lo dispuesto por el inciso 2º del art. 358 del C. de P.P.” (Fl. 46).

Como el recurrente presentó un reproche sobre bases que no corresponden a la verdad procesal, faltando a la objetividad en la censura, surge razón suficiente para que la Sala se vea en la obligación de desestimar el cargo.

Primer cargo.

1. En esta oportunidad el demandante acusó la sentencia del Tribunal de violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal.
2. En la violación directa el debate gira en torno a la norma sustancial, por exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea, pero siendo condición ineludible en cualquiera de los motivos señalados admitir los hechos tal como los entendió el juzgador con base en el análisis y valoración de las pruebas, por lo que el actor no puede polemizar sobre estos tópicos, pues la inconformidad en esos aspectos solamente es posible por la vía indirecta.
3. La demanda no acogió las reglas que rigen la casación. Veamos por qué:

a) La primera exigencia que el libelista deja de lado, pese a manifestar que la conoce, es la referida en el párrafo anterior, ya que abandonó la crítica en el campo jurídico para trasladarla a la apreciación de los hechos declarados como probados. Así, por ejemplo, luego de expresar que no pretende “discutir aspectos de facto”, en razón de la causal invocada, sostiene que fue un error no aplicar el artículo 68 del Código Penal, porque ello solamente es posible cuando se infiera de “una prueba seria, respetable que demuestre realmente que hay lugar a desestimar la aplicación de la mencionada Norma”, alegación contradictoria con la vía de ataque elegida, como quiera que en ese evento no es posible apoyar el reparo con afirmaciones como las plasmadas en la demanda, porque lo único que ponen en evidencia, es que el casacionista no comparte los hechos en la forma como los determinó el sentenciador.

b) Uno de los argumentos de que se vale el censor para demostrar el cargo, es la diferencia de criterio que tiene con respecto al análisis probatorio de los hechos que hizo el Tribunal. En apoyo de esta conclusión se encuentran en la demanda las siguientes referencias: 1) En el examen no se tuvo en cuenta el conocimiento público que existe acerca de la forma como se ejecutan las “actuaciones policiales”, ni tampoco las autoridades judiciales “se preocuparon por la vida perdida, por causa de las balas asesinas de los miembros de la Dijín”; 2) Sobre la advertencia del Tribunal consistente en que el procesado al disparar el arma “colocó en peligro a los uniformados”, estima el recurrente que “No es aceptable esta apreciación porque ello no ocurrió, ya que no fue personal uniformado el que le impartió captura a ALVARO JOSE ALFONSO MORENO, y le causó la muerte al señor IVAN GUERRERO PERILLA, sino que fue personal sin cumplimiento de misión alguna, adscrito a la Dijín, quienes dispararon contra la integridad del aquí procesado y del fallecido”.

c) El censor olvidó el régimen de las formalidades que se deben tener en cuenta para demandar en casación, pues no halló inconveniente en acudir a la causal primera de casación y sostener en su desarrollo, que “igualmente el Ad - Quem, violó el Art. 29 de la

Constitución Nacional al no haberse ajustado su decisión, al debido proceso y a las formas propias de cada juicio respetándose el derecho de defensa”, con lo cual mezcló dos temas excluyentes, de diversa naturaleza, como que el uno corresponde a los errores in iudicando y el otro a los errores in procedendo.

4. Al margen de las equivocaciones en que se incurrió en la demanda, es oportuno observar:

a) El sentenciador de segunda instancia fundamentó la negativa de otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional en los siguientes términos:

“...Si bien es cierto que la pena principal impuesta es inferior a tres años, lo cual le daría la opción de disfrutar del beneficio, no ocurre lo mismo con el requisito objetivo de la personalidad y por la manera como ocurrieron los hechos no puede suponer la Sala que el procesado no amerite el tratamiento penitenciario. En verdad no aparecen condenas contra el implicado, pero la forma como enfrentó la autoridad disparando el arma que portaba, es reveladora de grandes desbordamientos de las normas sociales de insensibilidad, no le importó con su conducta que pusiera en peligro la vida de los uniformados, todo lo cual conlleva a afirmar que debe cumplir la pena”.

b) El derecho consagrado en el artículo 68 del Código Penal confiere al Juez la facultad de suspender el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos contenidos en el precepto, y en su otorgamiento la ley atribuye al juez potestades valorativas regladas para la formación de su convicción, no sólo en su aspecto objetivo (naturaleza y cantidad de pena), sino también en el subjetivo (personalidad del sentenciado, naturaleza y modalidades de la conducta ilícita), y es con base en ello que ha de hacer un diagnóstico y un pronóstico sobre si el procesado requiere o no tratamiento penitenciario.

c) En el presente caso, el Tribunal Superior, dentro del arbitrio racional que le

otorga el artículo 68 ibídem, y consultando la personalidad del sindicado ALVARO JOSE ALFONSO MORENO y la naturaleza y modalidades del hecho, arribó a la conclusión de que requería tratamiento penitenciario, para lo cual se valió de argumentos y apreciaciones que no resultan arbitrarias, injustas o exageradas, sino, por el contrario, lógicas y razonables, avenidas a la realidad procesal y proporcionadas con el sentido de justicia y equidad.

d) Se observa que lo expuesto por el libelista a título de demostración no solo está divorciado de la causal invocada, sino que sus argumentos no son más que una apreciación personal y subjetiva que se opone al razonamiento del Tribunal, parangón que en sí mismo no conduce a nada, pues el hecho de tener un criterio diferente al del Juez en la valoración de los hechos y de la prueba no es motivo que se compadezca con los fines propios de la casación.

e) Como no se demostró que efectivamente un error del juzgador fuera el fundamento para negar el subrogado, y no se podía hacer, si se tiene en cuenta la contundencia de las transcripciones tomadas de los fallos, el cargo formulado a la sentencia resulta improcedente y, por tanto, debe ser desestimado.

En 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,

RESUELVE

No casar la sentencia recurrida.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria