

Proceso No 13473

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 108

Bogotá, D. C., doce (12) de septiembre de dos mil dos (2002).

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, el 21 de marzo de 1997, en la que al confirmar integralmente la del Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Antioquia), fechada el 28 de agosto de 1996, condenó al procesado HERNÁN DARÍO ARISTIZÁBAL JARAMILLO a la pena principal de 43 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 6 años, al pago de los daños y perjuicios y al decomiso del arma de fuego, como autor de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en proceso en el que se acumularon dos causas.

A N T E C E D E N T E S

1. Primera Causa

1.1. Hechos

Fueron sintetizados así, por el juzgador de segunda instancia:

“A eso de las dos de la madrugada del 3 de abril de 1995, a la altura de la vereda ‘El Viao’, comprensión territorial del municipio de Cocorná, seis individuos que cubrían el rostro con pasamontañas y que portaban armas de fuego, obstaculizaron el tránsito vehicular sobre la autopista Medellín-Bogotá, y procedieron a despojar de las pertenencias a las personas que ocupaban los automotores que en esos momentos atinaron a pasar por ese lugar. Cuando en esa labor se hallaban los delincuentes, a ese sitio llegó una grúa en la que se movilizaban varios agentes de la Policía de Carreteras, habiéndose hecho detener el automotor sin que aquellos se percataran que eran miembros de la autoridad. Uno de los asaltantes amenazó con una escopeta al conductor, colocando el cañón del arma sobre la cabeza, pero éste reaccionó de inmediato y tras desenfundar el arma de fuego que portaba, le propinó varios disparos que en el acto le produjeron la muerte. El malandrín resultó ser José Daladier Torres Jaramillo. Mientras tanto los demás agentes reaccionaron y luego de un breve intercambio de disparos, pusieron en fuga a los otros integrantes de la banda.

“Los agentes de la Policía, ante la creencia que tenían acerca de que algunos de los asaltantes habían escapado heridos, avisaron a los comandos de las localidades de la región para que investigaran en las unidades hospitalarias sobre el ingreso de personas lesionadas con arma de fuego, y fue así como horas después en el Hospital San Juan de Dios de Rionegro fue retenido Hernán Darío Aristizábal Jaramillo”.

1.2. Actuación procesal

Con fundamento en unas declaraciones y en el informe rendido por el Subcomandante de la Policía de Carreteras de Antioquia, la Fiscalía Seccional de El Santuario, mediante resolución del 4 de abril de 1995, dispuso la apertura de la instrucción.

Dos días después fue escuchado en indagatoria Hernán Darío Aristizábal

Jaramillo, quien al manifestar que no contaba con un defensor que lo asistiera en esa diligencia, “el despacho procede a designarle de oficio a JESÚS ANTONIO RAMÍREZ OCAMPO, con C.C. N° 749.389 de El Santuario”, resolviéndosele la situación jurídica, el 11 de abril de dicho año, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, decisión que fue notificada personalmente al procesado y al Ministerio Público.

Después de allegados seis testimonios, por resolución del 12 de mayo de la citada anualidad, la Fiscalía designó al procesado un abogado de oficio, quien en esa misma fecha se posesionó. Posteriormente, mediante resoluciones del 8 de junio y del 11 de julio de 1995, se negó la libertad provisional y la nulidad solicitadas por el sindicado, quien consideraba que se le había vulnerado el derecho de defensa, toda vez que en la indagatoria no fue asistido por un abogado titulado, providencias que fueron notificadas personalmente al procesado y al Ministerio Público, funcionario que, al estar de acuerdo con el memorialista, interpuso el recurso de apelación contra la última de las decisiones citadas, la que fue confirmada, el 19 de septiembre siguiente, por la Unidad Seccional de Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito de Antioquia y de Medellín.

A solicitud del sindicado, el 10 de julio de 1995, se le escuchó en ampliación de indagatoria, diligencia a la que no asistió su defensor de oficio, por lo que se le nombró otro sólo para ese acto.

El 17 de agosto de 1995, se negó nuevamente la libertad impetrada por el procesado Aristizábal Jaramillo, providencia que fue notificada personalmente al sindicado, a su defensor y al Ministerio Público.

Incorporadas unas pruebas técnicas, se clausuró la investigación, el 3 de octubre de 1995, decisión que fue notificada personalmente al procesado y a su defensor, siendo

aquél el único que presentó alegatos de conclusión.

El 8 de noviembre siguiente, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Hernán Darío Aristizábal Jaramillo, por los delitos de hurto calificado y agravado (arts. 350.1.2, 351.4.6.9 y 372.1 del Decreto 100 de 1980) y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, decisión que, luego de ser notificada personalmente al procesado y a su defensor, cobró ejecutoria el 30 de noviembre de 1995.

La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario que dispuso el trámite que preveía el artículo 446 del C. de P. Penal, vigente para la época, dentro del cual ninguno de los sujetos procesales solicitó la práctica de pruebas. De manera oficiosa se decretaron unos testimonios, de los cuales sólo se recibió el de Sonia Patricia Gallego Gallego.

El acusado, al estimar que careció de defensa técnica en la indagatoria y en la ampliación de la misma, solicitó la nulidad del proceso, petición que, mediante auto del 17 de abril de 1996, le fue negada.

1. Segunda Causa

1. Hechos

Los mismos fueron sintetizados por el ad quem, así:

“En las horas de la noche del 9 de enero de 1995, al estadero denominado ‘El Crucero’, ubicado en el paraje ‘El Viao’, comprensión territorial del municipio de Cocorná, arribaron Conrado Ocampo Valencia y Ramón José Ciro Gómez, quienes se

dedicaron a ingerir bebidas embriagantes. En el mismo establecimiento se hallaba Hernán Darío Aristizábal Jaramillo, conocido de aquéllos, y entre los mismos hubo un mutuo intercambio de licor y hasta se le pidió a Aristizábal Jaramillo se sentara a la mesa que ocupaban Ocampo Valencia y Ciro Gómez, sin que el primero lo hubiera aceptado, pero transcurridos algunos minutos se les acercó e increpó a Conrado diciéndole: ‘Hijueputa’ que cuando estaba chiquito lo había humillado mucho que ahora sí se le había llegado el día’, a lo que Ocampo Valencia contestó que ‘no le gustaban problemas con él’. A renglón seguido Hernán Darío desenfundó un revólver, y aunque Conrado trató de huir e incluso le solicitó a Ramón José Ciro que cogiera a aquél para que no lo fuera a matar, sus esfuerzos resultaron vanos, porque recibió varios disparos, cuyos proyectiles impactaron en su humanidad, y horas después se produjo su muerte en el hospital del municipio de Rionegro, cuando era sometido a una intervención quirúrgica”.

1.2. Actuación procesal

Realizada la diligencia de levantamiento del cadáver, allegado el protocolo de necropsia e incorporados varios testimonios, la Fiscalía Seccional de El Santuario (Antioquia), mediante resolución del 8 de agosto de 1995, declaró la apertura de la instrucción.

Escuchado en indagatoria Hernán Darío Aristizábal Jaramillo, a quien se le designó un abogado de oficio “únicamente para esta diligencia”, la situación jurídica le fue resuelta, el 29 de agosto siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio, providencia que fue notificada personalmente al procesado y al Ministerio Público.

Por resolución del 13 de septiembre de dicho año, la Fiscalía designó al procesado una abogada de oficio, quien en esa misma fecha se posesionó y fue notificada personalmente de la providencia que resolvió la situación jurídica de Aristizábal Jaramillo.

Mediante resoluciones del 3 de octubre y del 2 de noviembre de la citada anualidad, se dispuso poner en conocimiento de los sujetos procesales los respectivos dictámenes periciales allegados al diligenciamiento, providencias que fueron notificadas personalmente al procesado, a su defensora y al Ministerio Público.

Allegado un testimonio y ampliada la indagatoria, lo que fue solicitado por el procesado, diligencia a la que no asistió su defensora de oficio, por lo que se le nombró otro profesional para ese acto, se cerró la investigación, el 20 de noviembre de 1995, decisión que fue notificada personalmente al sindicado, a su defensora y al Ministerio Público.

Sin que ningún sujeto procesal hubiese presentado alegatos de conclusión, el mérito de sumario se calificó, el 3 de enero de 1996, con resolución de acusación en contra de Hernán Darío Aristizábal Jaramillo, por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, determinación que fue notificada personalmente a todos los sujetos procesales y contra la cual el acusado interpuso el recurso de apelación que, por falta de sustentación, fue declarado desierto el 5 de febrero de 1996.

La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de El Santuario que, luego de decretar de oficio unas pruebas testimoniales, las que fueron practicadas, mediante auto del 11 de julio de 1996, ordenó la acumulación con la causa reseñada en precedencia.

Celebrada la correspondiente audiencia pública, el 28 de agosto del citado año, dicho despacho judicial profirió sentencia de primera instancia, en la que condenó a Hernán Darío Aristizábal Jaramillo a la pena principal de 43 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 6 años, al pago de los daños y perjuicios y al decomiso del arma de fuego, como autor de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de

defensa personal.

Apelado el fallo por el procesado, el Tribunal Superior de Antioquia, el 21 de marzo de 1997, lo confirmó.

LA DEMANDA DE CASACION

El defensor del procesado, al amparo de la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio de nulidad, por violación a la defensa técnica.

En cuanto al proceso adelantado por los punibles de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, afirma que si su procurado hubiese contado con la correspondiente asistencia letrada, habría logrado una condena más benigna, o demostrar que su comportamiento se adecuaba a los lineamientos del artículo 60 del C. Penal, o desvirtuar la circunstancia de agravación específica del delito de homicidio o derruir los indicios que en su contra sirvieron como apoyo de la condena de primera instancia.

Sostiene que veinte días después de que su representado fue escuchado en indagatoria (diligencia en la que fue asistido por un abogado de oficio), se le designó como defensora de oficio a una profesional del derecho, quien una vez posesionada fue notificada de la providencia mediante la cual se resolvió la situación jurídica, acto procesal a partir del cual fue notorio su desinterés por la suerte de quien asistía, toda vez que, en su criterio, debió instruirlo para que se acogiera a lo reglado en el artículo 37 del C. de P. Penal, lo que le hubiera significado una sustancial rebaja de pena. Así mismo, arguye que la citada abogada también habría podido solicitar pruebas con el fin de acreditar la existencia de la legítima defensa, la defensa subjetiva o el caso fortuito, desvirtuar la agravante del delito de homicidio o demostrar la atenuante de la ira e intenso dolor, la que, a su juicio, aparece clara en el diligenciamiento.

Manifiesta que el derecho de defensa se halla regulado en el artículo 29 de la [Constitución Política](#), preceptiva que ordena que el juzgamiento de los ciudadanos debe cumplirse conforme a las leyes preexistentes al acto, ante su juez natural y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Después de citar a un doctrinante sobre el tema y de emitir su personal criterio, dice que el artículo 377 del C. de P. Penal estatuye que desde el mismo instante de la captura se le debe hacer saber al aprehendido el derecho que tiene de entrevistarse con un abogado, sea de confianza o de oficio, toda vez que el derecho de defensa comienza a ejercitarse desde ese momento procesal y sólo se finiquita “con la extinción del mismo proceso”.

Anota que su representado, en la diligencia de audiencia pública, explicó con claridad que una vez herido fue trasladado al Hospital de Rionegro, lugar donde fue detenido. Igualmente, que no tenía estudios y que al parecer fue indagado en las oficinas del F-2, sitio en el que fue maltratado, por lo que les mintió, refiriéndose al testimonio que rindió ante los policiales.

Advierte que desde el 13 de septiembre de 1995, fecha en la que se le designó la defensora de oficio, ésta no desplegó ninguna actividad a favor de su representado, toda vez que no presentó alegatos precalificatorios, “ni solicitó pruebas, tales como una inspección judicial al lugar de los hechos, ni pidió ampliación de la necropsia para conocer con qué clase de arma u objeto se produjeron las lesiones que presentaba el occiso en la región frontal y en la nariz”, lo que habría podido indicar si hubo lucha o forcejeo entre éste y la víctima.

Luego de reiterar la posibilidad de la rebaja de pena por sentencia anticipada, reconoce que a la citada profesional del derecho le fueron notificadas, de manera personal, la mayoría de las providencias que dictaron tanto el instructor, como el juzgado de

primera instancia, cuya respuesta siempre fue el silencio.

De igual manera, señala que en el acto de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, la mencionada abogada tampoco “se dignó preparar una buena exposición para tratar de obtener siquiera una atenuante como la del artículo 60 del C. Penal, confesando ella misma su falta de preparación...”, la que duró escasos dos o tres minutos y anexó un escrito que contiene 22 renglones.

Así, entonces, estima que la defensa técnica que tuvo su defendido a lo largo del proceso fue meramente formal, ya que la abogada ni pidió pruebas ni participó en los contrainterrogatorios de los testigos de cargo. Su actividad se centró en la audiencia pública, pasividad que “no puede calificarse de estrategia defensiva, pues no existen elementos de juicio que nos permitan hacer esa inferencia. Con su inercia se limitó a hacer una pasiva protagonista del trámite procesal que para nada le importaba la suerte del procesado”.

Después de insistir en los efectos favorables para el procesado si se hubiese acogido a la sentencia anticipada y de reiterar que el derecho de defensa técnica es de raigambre constitucional, concluye en que dicha garantía fue vulnerada.

En lo que respecta al proceso adelantado por hurto calificado y agravado y pote ilegal de armas de fuego de defensa personal, dice que la transgresión del derecho de defensa también comenzó a vulnerarse a partir del momento en que el procesado fue aprehendido por los miembros de la Policía Nacional, privación de la libertad que fue ilegal, ya que no existía orden de autoridad competente que así lo dispusiere.

Además, afirma que el testimonio que rindió su procurado ante los policiales, también se practicó con violación del artículo 33 de la Carta, pues se le desconoció su derecho a guardar silencio.

Advierte que cuando fue escuchado en indagatoria, a Aristizábal Jaramillo lo asistió un ciudadano y no un letrado, razón por la cual, el 12 de mayo de 1995, se le designó un defensor de oficio, profesional que tampoco realizó actuación importante en aras de su situación procesal.

Agrega:

“Con toda razón el sindicado impetró una nulidad por falta de defensa técnica, la misma que le fue despachada negativamente por parte de la señora Fiscal.

“Vencieron los términos para calificar el mérito del sumario, los 120 días de los que habla el art. 415-4 del C.P.P., no obstante lo cual no se le concedió libertad provisional al justiciable, argumentando para ello supuestas maniobras dilatorias por parte de él, cosa que nunca existió. Así, se quebrantó una vez más su derecho de defensa.

“Impugnada por la Personera la resolución de julio 11 de 1995 que negó la nulidad impetrada por el procesado, la providencia recibió el aval del Fiscal Tercero Delegado ante los Tribunales Superiores, porque, según él, habérsele recibido indagatoria con la presencia de un ciudadano honorable -no abogado- constituye ‘un hecho irrelevante’”.

En esas condiciones, solicita a la Corte declarar la nulidad de la actuación, a partir de la diligencia de indagatoria y, en consecuencia, por vencimiento de términos, conceder la libertad provisional a su defendido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO

DELEGADO EN LO PENAL

Asevera que en lo que atañe al proceso que se adelantó al sindicado por los delitos de hurto y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, se obró en legítima forma

cuando se le nombró a un ciudadano honorable, para que lo asistiera en la diligencia de indagatoria, como quiera que para la fecha en que se llevó a cabo, esto es, el 6 de abril de 1995, el artículo 148 del Decreto 2700 de 1991 se hallaba vigente.

Así mismo, califica como acertado el esfuerzo que hizo el instructor para garantizarle al procesado la defensa técnica, la que sólo se concretó el 11 de julio del citado año, cuando ya se había practicado “buena parte de la prueba testimonial; se había resuelto la situación jurídica del indagado; él mismo había solicitado la libertad provisional y la declaración de nulidad, justamente por violación del derecho a la defensa técnica”.

Sin embargo, estima que en la actividad probatoria no se pudo ejercer el derecho de contradicción, precisamente por la ausencia de un representante judicial, por lo que el procesado optó por ejercer la defensa material, presentando escritos, los que no tuvieron éxito, y que de haber contado con la asistencia letrada posiblemente le habría reportado resultados más concretos y favorables.

Por tal motivo, conceptúa que la designación del defensor de oficio se convirtió en un acto meramente formal, ya que no desplegó ninguna actividad a favor de los intereses del procesado después de su posesión, “no hizo solicitud de prueba alguna y aunque el acusado fue escuchado en ampliación de indagatoria, aquél tampoco acudió a tan importante diligencia; así el despacho instructor dispuso el cierre de investigación y el defensor de oficio, en un evidente desinterés por la causa oficiosa que le fuera encomendada, no presentó alegatos; limitó su actividad a notificarse de la resolución de acusación”, por lo que, a su juicio, se puede predicar que Aristizábal Jaramillo no tuvo la adecuada defensa técnica, infringiéndose así las disposiciones constitucionales y legales que le imponen al funcionario judicial la obligación de proveer de los medios adecuados de defensa a todo imputado que lo requiera, so pena de nulidad de la actuación, sin que se puede advertir de esa inactividad una estrategia defensiva.

En lo que atañe al otro proceso acumulado, es decir, el adelantado por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, estima que de manera inexplicable el defensor que se le designó para la indagatoria sólo lo fue para esa diligencia. No obstante, sólo hasta el 13 de septiembre de 1995 el despacho procedió a nombrar a una abogada como defensora de oficio, profesional que una vez posesionada tampoco realizó ninguna actividad a favor de los intereses del procesado.

Añade:

“Al igual que en el otro proceso y ante la negligencia de la profesional, fue el procesado quien apeló la resolución acusatoria, pero que no sustentó el recurso, lo que significó que se declarara desierto; también allí se ordenó la práctica de las pruebas, en las que no intervino y, menos aún, controvirtió, la defensa, hasta que ya en la etapa del juicio, se decidió la acumulación de los procesos.

“Sólo en la audiencia pública y ya cuando no existía mayor posibilidad para ejercer una actividad que constituyera una defensa eficiente, la defensora presentó un escrito, cuyo contenido no se diferencia mucho de lo que hiciera el procesado, pues es tal su simplismo en materia jurídica que poco o nada aporta para propiciar en el fallador un estudio de sus propuestas. Este aspecto merece especial comentario, porque si bien por una deficiente formación profesional no podrá predicarse, en principio, la violación del derecho a la defensa, en este caso tal deficiencia, sumada a la falta de intervención procesal a lo largo del proceso, afectaron los intereses procesales del imputado, a tal punto que se terminó por negar al procesado la defensa técnica de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional”.

Después de referirse a lo importante que resulta que el defensor tenga una formación académica adecuada, concluye que el procesado no contó con defensa técnica en la etapa instructiva de cada uno de los procesos acumulados, sin dejar pasar por alto la

deficiente intervención de la defensora de oficio en la audiencia pública y en la sustentación del recurso de apelación, lo que respalda con la transcripción de apartes de su actuación, por lo que considera que se deben expedir copias con destino al Consejo Superior de la Judicatura, a efecto de investigar disciplinariamente a dicha profesional del derecho.

Finalmente, en lo relacionado con la alegada detención arbitraria del procesado, afirma que la misma no tiene la virtualidad para invalidar la actuación. Sin embargo, considera que la Sala también debe expedir copias para que se investigue tal aspecto.

En consecuencia, sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada y, por ende, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de cierre de la investigación en cada uno de los procesos acumulados, ordenándose la libertad del Aristizábal Jaramillo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Acotación previa

Como quiera que las resoluciones de acusación quedaron ejecutoriadas el 30 de noviembre de 1995 (primera causa) y el 5 de febrero de 1996 (segunda causa), y desde entonces han transcurrido más de cinco (5) años, que es el lapso que preveían los artículos 80 y 84 del Decreto 100 de 1980 (iguales al 83 y al 86 de la Ley 599 de 2000), para la prescripción de la acción penal por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conducta punible imputada en ambas causas, la Sala la declarará y dispondrá la cesación del proceso, en lo atinente a tal punible.

2. Un solo cargo formula el censor, acusando al juzgador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que, a su juicio, el procesado careció de defensa técnica a lo largo de los procesos acumulados.

2.1. En cuanto a la causa que se adelantó por el delito de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, sostiene que la defensora de oficio no realizó ninguna actividad tendiente a mejorar la situación del procesado, al punto que si bien se notificó de las decisiones adoptadas al interior del diligenciamiento, de todos modos nunca solicitó pruebas, como una inspección en el lugar de los hechos o la ampliación de la necropsia, ni contrainterrogó a los testigos y que un defensor idóneo habría planteado, por lo menos, que en el comportamiento de su defendido concurría la atenuante punitiva que consagraba el artículo 60 del C. Penal, vigente para la época, o que no se estructuraba la circunstancia de agravación específica del delito de homicidio, o que los medios de convicción allegados al diligenciamiento no eran suficientes para sustentar la condena, sin dejar pasar por alto la posibilidad de asesorarlo respecto de los beneficios punitivos que obtendría al acogerse a la sentencia anticipada.

Es más, anota, la sustentación del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Antioquia fue muy deficiente.

2.2. Respecto a la otra causa acumulada, esto es, la del hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, dice que al procesado se le vulneró el derecho de defensa desde el mismo instante en que fue capturado por la Policía Nacional, pues no existía orden que así lo dispusiera. Además, en el testimonio que rindió ante ese organismo se desconoció el artículo 33 de la C. P. Así mismo, se le recibió indagatoria solo con la presencia de un ciudadano honorable y el abogado de oficio que posteriormente se le designó, ninguna actuación importante realizó en beneficio del procesado. También, vencieron los términos para calificar el sumario, sin que se le hubiera otorgado la libertad.

3. El cargo no sólo adolece de desaciertos técnicos, sino que no le asiste razón al impugnante, así:

3.1. Vulnera el principio de autonomía, al tenor del cual al interior de un mismo cargo no se pueden entremezclar ataques correspondientes a causales distintas, pues cada una tiene características y reglas técnicas de demostración diferentes y produce diversas consecuencias jurídicas, cuando al interior de este reparo denuncia que el testimonio rendido por el procesado ante la policía se practicó con violación del artículo 33 de la [Constitución Política](#), censura que ha debido plantear y desarrollar de manera separada, por la causal primera, bajo los lineamientos de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho por falso juicio de legalidad.

3.2. En lo atinente a que los abogados que asistieron al procesado en cada uno de los procesos que luego se acumularon, nada hicieron para mejorar la situación del acusado, sin que su inactividad pueda calificarse como estrategia defensiva, sino como un real abandono de la labor encomendada, debe decirse, como lo ha reiterado la Sala¹, que no basta afirmar que nada se hizo para estimar vulnerado ese derecho, sino que es preciso demostrar la trascendencia de la pasividad, esto es, que se tradujo en un resultado que se hubiera podido evitar o que hubiera podido ser menos gravoso, si se hubieran allegado elementos de juicio indispensables frente a las posibilidades que ofrecía el diligenciamiento, lo que no hizo el censor.

“Enfatiza la Corte, entonces, que para efectos de la propuesta de nulidad en casación resulta insuficiente la simple mención de que no hubo actividad del defensor o la crítica en abstracto hecha por un abogado sobre la actuación de otro, pues es lógico que cada profesional quiera anteponer aquello que él habría hecho frente al caso concreto y que diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva”².

En otros términos, como también lo ha reiterado la Sala, no puede identificarse la ausencia de actos tales como la interposición de recursos, presentación de alegatos, solicitud de pruebas, entre otros, como una real falta de defensa técnica, generadora de irregularidad sustancial que afecte dicha garantía, porque el abogado dentro de una

actitud vigilante y, en todo caso, de control de la actuación, pueda optar por alternativas diversas, como hacer uso discrecional de algunos derechos, o guardar silencio frente a pronunciamientos de la jurisdicción que resulten adversos a los intereses del procesado³.

En este orden de ideas, no resulta acertado sostener que al no aconsejar al procesado que optara por el trámite de la sentencia anticipada, se afectó el derecho de defensa, pues acogerse o no a esa figura, depende de la estrategia que en cada caso, dadas sus particulares circunstancias, se adopte.

Por otra parte, no es cierto que los profesionales del derecho que asistieron a Aristizábal Jaramillo en cada uno de los procesos que luego fueron acumulados hubieran abandonado la labor encomendada, ya que la abogada que lo asistió en uno de ellos se notificó personalmente de varias providencias proferidas a lo largo de la instrucción, entre ellas, la que dispuso el traslado de unos dictámenes periciales, la que clausuró la investigación y de la resolución de acusación y, además, alegó verbalmente en la audiencia pública y corroboró sus argumentos con un escrito, luego de que los juicios fueron acumulados; y quien lo asistió en el proceso por hurto, se notificó personalmente del auto que negó la libertad provisional al sindicado, del que cerró la investigación y de la resolución de acusación, lo que indica, inequívocamente, no sólo que hubo una actitud vigilante y de control de la actuación, sino actos positivos de gestión.

3.3. En lo concerniente a que se quebrantó el derecho a la defensa, como quiera que en el proceso que se le adelantó por el punible de hurto, el acusado no fue asistido en la indagatoria por un abogado sino por un ciudadano honorable, en ninguna irregularidad se incurrió, pues se practicó el 6 de abril de 1995, cuando aun no había sido declarado inexequible el artículo 148 del C. de P. P, que permitía esa designación cuando no había abogado disponible, que tuvo lugar mediante sentencia C-049 de febrero 8 de 1996 que, conforme a las previsiones del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, sólo produce efectos hacia

el futuro, al no mediar manifestación en contrario, como lo ha reiterado la Sala⁴.

Así mismo, tampoco puede considerarse vulnerada la garantía en comento, porque en el proceso que se adelantó por homicidio, el abogado designado sólo lo fue para esa diligencia, por dos razones: la primera, porque conforme al artículo 139 de la normatividad procesal entonces vigente, ese nombramiento se consideraba hecha hasta la finalización del proceso, siendo ineficaz cualquier manifestación en contrario, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala⁵, puesto que “el funcionario judicial no puede, bajo ningún pretexto, desconocer o limitar el claro contenido del artículo 139, ni controvertir sus fundamentos filosóficos y políticos, soportados en la necesidad de garantizar la unidad y continuidad del ejercicio del derecho de defensa técnica, y extirpar de la praxis judicial la malsana costumbre de fraccionar la defensa con relevos caprichosos y sustituciones sucesivas”⁶; y segunda, porque a los pocos días se designó una abogada de oficio, de modo que aun suponiendo que hubiera habido falta temporal de defensor, habría sido oportunamente corregida, siendo, por ende, intrascendente.

3.4. Finalmente, en lo concerniente a que la captura que se realizó después de cometido el hurto, al que se refiere uno de los procesos acumulados, fue ilegal, no solo no muestra que haya sido así, sino que no evidencia ni aparece qué relación puede haber entre la alegada irregularidad y la vulneración de la garantía de la defensa.

En las condiciones precedentes, el cargo no prospera.

Prescripción

Como quiera que, como ya se expresó, la acción penal por los punibles de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal se encuentra prescrita, al procesado se le disminuirá la pena por tal delito, la que quedará en cuarenta y dos (42) años y 6 meses de prisión, considerando la dosificación punitiva efectuada por las instancias.

Penal accesoria

La Sala observa que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, hoy denominada inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuesta al procesado, fue tasada en seis (6) años, cantidad menor de la que correspondía, que era de diez (10) años, al tenor de la legislación anterior que es la aplicable por ser más favorable al acusado que la de la 599 de 2000, no obstante lo cual, la Sala mayoritaria⁷ no considera que con esa equivocación se haya vulnerado el principio de legalidad “pues el servidor judicial no falsificó la ley para engendrar un régimen punitivo inexistente, sino que erró al interpretarla y calcular la sanción por debajo de lo que correspondía. No resultó así quebrantado lo dispuesto por los artículos 29 de la Constitución y 1° del Decreto 100 de 1980, entonces vigente (6°, tanto del C. Penal como del de Procedimiento Penal actuales).

Al no resultar afectado el principio de la legalidad de la pena, de raigambre constitucional, no hay necesidad de acudir a la facultad oficiosa de casar el fallo, con respecto a la pena accesoria mencionada.

Acotación final

En lo que hace relación al principio de favorabilidad, por razón del tránsito de legislación, toda vez que el 25 de julio de 2001 entró en vigencia la Ley 599 de 2000, mediante la cual se expidió el nuevo Código Penal, su análisis le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, al tenor de lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

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,

R E S U E L V E

1. Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto de los delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por lo que con relación a tales punibles se dispone la cesación de la actuación seguida contra el procesado.
2. Fijar, como consecuencia de la prescripción, al acusado Hernán Darío Aristizábal Jaramillo la pena principal en cuarenta y dos (42) años y seis meses de prisión, como responsable de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, dejando en lo demás inmodificada la sentencia impugnada.
3. No casar la sentencia recurrida
4. Como no se sustituye la sentencia, contra la misma no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

Salvamento parcial de voto

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Salvamento parcial de voto

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

El motivo de mi disidencia parcial en este asunto, como ya lo he expuesto en otro caso, radica en concreto, en el máximo respeto que creo debe dársele al principio constitucional de legalidad de la pena, que como es sabido, se impone comprenderlo, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, debiendo ser respetado en uno y otro sentido.

La ley establece previamente las penas, tanto principales como accesorias, determinando su clase (factor cualitativo) como sus límites temporales (factor cuantitativo), y en cuanto a este último se refiere, inmodificables resultan para el juez modificar su mínimo y su máximo, pues es dentro de este margen que de acuerdo con los criterios que igualmente la propia ley establece que debe dosificarla frente al caso concreto, esto es, concretar la pena legal en la denominada judicial.

Por tanto, si en un evento dado, como aquí sucede, la pena que se imponga es menor del mínimo (igual sería si se impusiere más del máximo), es evidente que se está desconociendo el referido principio de legalidad de la pena, sin que pueda afirmarse como lo hace aquí la Sala Mayoritaria, que en estos casos el juez lo que está es interpretando la ley.

Interpretar la ley, como proceso previo a su aplicación, no es nada distinto al proceso intelectual que lleva a efecto la persona designada por la ley para establecer su real contenido y alcance, es decir, su sentido, no pudiendo, por tanto, so pretexto de realizar esa función hermenéutica modificar la ley objeto de interpretación, pues esa es función del legislador y no del juez.

Así, si en eventos como el presente, sin más, cuando la normatividad positiva aplicable al caso señalaba diez años para la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, al habersele impuesto al condenado la de seis años, es claro que se violó el principio de

legalidad de esta pena accesoria y en ninguna forma puede entenderse que se “erró en la interpretación” al “calcularla por debajo de lo que le correspondía”, como lo afirma la mayoría, pues aquí lo que se hizo fue crear una pena y nunca interpretarla, ya que por definición, su sentido se fija sin desconocerla.

Mucho se podría escribir sobre este tema, pero en orden a la concreción, suficiente resulta lo dicho, toda vez que, respetuosamente, desde luego, me parece tan flagrante la violación al referido principio, que la casación oficiosa del fallo para recuperar la legalidad de la pena prácticamente no requería profundización alguna, es de bulto.

Carlos Augusto Gálvez Argote

Magistrado

Fecha up supra

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Mi inconformidad con la decisión mayoritaria de la Sala se limita a la duración de la pena accesoria, la cual se deja en los seis años que señaló la sentencia recurrida, en contra de lo que dispone la ley.

Las razones que me llevan a apartarme de la mayoría de la Sala las puse de presente en el salvamento de voto a la sentencia de casación C-12221 donde se decidió en el mismo sentido con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, pronunciamiento este que incluso se cita en la providencia que motiva esta nueva salvedad. En esa oportunidad dije, y ahora reitero, lo siguiente:

Como de todos es sabido, la determinación cuantitativa de la pena puede ser genérica o específica.

Es genérica cuando el legislador en forma global establece límites para la punición, y esto puede hacerlo de dos maneras: la primera, cuando en forma abstracta señala un tope en la duración de la pena, por ejemplo, cuando el artículo 44 del anterior Código Penal señalaba que la prisión sólo podía llegar hasta 60 años; y la segunda, cuando en concreto, para cada delito, establece un mínimo y un máximo, esto es, un marco punitivo.

A su turno, la determinación cuantitativa toma el nombre de específica o particular cuando la realiza el juez en una sentencia condenatoria, dentro de los límites normativos, siendo esta la auténtica individualización de la pena.

Ahora bien, tratándose de la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, que es el aplicable al caso, le señalaba un tope máximo de diez años, y el artículo 52 la aparejaba automáticamente a la de prisión con una vigencia igual a la que se determinara judicialmente para ésta; lo que en otros términos significa que no tenía un marco punitivo propio sino que siempre accedía a la duración que tuviera la pena principal a la que estaba uncida, eso sí, sin sobrepasar el tope de los diez años.

Con estas normas quedó entonces definida la determinación cuantitativa genérica de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas y sin efecto su determinación específica o particular, vale decir, se estableció una reserva legal en la medición de su duración y al juez no le estaba dado ejercer ninguna discrecionalidad en su imposición, porque era consustancial a la prisión, como tampoco en la dosificación, porque ésta no operaba para ella en la medida en que fatalmente debía imponerse “por un período igual al de la pena principal”.

Dicho en otros términos, si el juez condenaba a alguien a la pena principal de prisión, forzosamente tenía que imponer también la accesoria de interdicción de derechos y

funciones públicas, y la duración de ésta no podía ser distinta a la de aquélla, salvo que la prisión sobrepasara los diez años, pues en este supuesto ese tenía que ser el término de la pena accesoria de interdicción, ni un día más pero tampoco uno menos, porque en uno o en otro evento se incumpliría el precepto legal de imponerla por un período igual a la pena de prisión (art 52) pero con un límite de diez años (art. 44).

Siendo ello así, en el caso que motiva este salvamento, es evidente que el juez se inventó una pena accesoria no prevista en el ordenamiento positivo, al menos no con la duración establecida en el fallo, porque si quería acatar la ley sólo le era dado imponer interdicción de derechos y funciones públicas por diez años y no por seis, toda vez que la pena principal se había determinado en 43 años de prisión.

Y no se diga que el juez erró al “calcular la sanción por debajo de lo que correspondía”, porque como ya se dejó visto esta pena no admite ninguna aplicación de la discrecionalidad judicial, o lo que es lo mismo, no es pasible de determinación específica o particular, o simplemente no es susceptible de tasación, individualización o dosificación, porque es la ley la que señala cuánto debe durar.

La conclusión es obvia: al imponer al lado de 43 años de prisión una pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 6 años se quebrantó la legalidad de la pena, y siendo ello así, lo que competía a la Corte era restablecer oficiosamente el imperio de la ley, ajustando la pena espuria a sus parámetros, esto es, dejándola con una duración de 10 años, sin que por ello se pudiera considerar conculcado el principio de no reformatio in pejus, pues como bien se sabe éste opera sobre la base de una pena legal.

Por lo anterior, no me quedaba otro camino que salvar parcialmente el voto en la sentencia de casación que en ese específico punto, por razones que no puedo compartir, excusó la violación al principio de legalidad de la pena.

Con el respeto y la consideración de siempre,

Jorge Aníbal Gómez Gallego

Magistrado

Fecha ut supra

1 Ver, entre otras, casación.13704, mayo/01. M.P. Dr, Jorge Anibal Gómez Gallego y 13842 diciembre 19/01. M. P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

2 Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, ibidem.

3 Ver, entre otras, casación . de 11/07/00, M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll y 11376,12/05/00. M. P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar

4 Ver. Entre otras, casación 12212, abril7/97, M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll; 11965 junio 8/00, M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar; 12300, agosto 29/02. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

5 Ver, entre otras, casación 13756, enero 17/02, M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll y 14756, marzo 21/02, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

6 Casación 15180, septiembre 5/02 M. . Dr. Fernando E..Arboleda Ripoll.

7 Casación 14257, 17/01/02, 15223, 12/02/02 y 12221, 29/08/02, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.