

Proceso No 14575

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N° 090

Bogotá, D. C., agosto ocho (8) de dos mil dos (2002).

ASUNTO

Se resuelve la casación interpuesta en defensa de JHON JAIRO GARCÍA PEREA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que confirmó el fallo anticipado proferido por el Juzgado 4° Penal del Circuito de esa ciudad, como coautor de hurto calificado agravado y porte ilegal agravado de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

El 25 de abril de 1997, aproximadamente a las 10:30 de la mañana, una patrulla de Policía recibió información acerca de un hurto a los tripulantes de un camión repartidor de leche, ocurrido en la calle 57 con carrera 10ª de Cali, con utilización de arma de fuego, por dos individuos que se movilizaban en sendas motocicletas.

Como observaron a JHON JAIRO GARCÍA PEREA en una moto de las características que les indicaron, de placas WHO 22, marca Yamaha V 80, azul, cuando trataba de meterse por un pasaje del barrio La Base, fue interceptado por los policiales y reconocido por uno de los

ofendidos, Ernesto Cardona Vargas, quien adujo que le habían sustraído \$300.000, sindicación que admitió el capturado, aunque en menor cuantía, hallándose en su poder sólo \$8.000.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía 109 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de Cali abrió investigación en la misma fecha de los hechos y escuchó en indagatoria a JHON JAIRO GARCÍA PEREA, quien en presencia de su defensor confesó la coautoría de la conducta investigada, aunque atribuyó a su compañero, de quien dijo llamarse Mauricio, portar el revólver y que él apenas le quitó \$8.000 a uno de los distribuidores de leche.

Asignadas las diligencias a la Fiscalía 9ª Seccional de Cali, el 29 del mismo mes profirió medida detentiva contra el indagado, por los delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, en concurso con hurto calificado y agravado (fs. 18 y Ss. cd. 1).

Cerrada la instrucción el 8 de julio de 1997, el 11 de ese mes el sindicado solicitó se dispusiera lo pertinente para dictarse sentencia anticipada, escrito allegado a la Fiscalía el 17 siguiente, cuando aún corría el término de ejecutoria (f. 60 v. ib.), pero según resoluciones de fecha 22 de julio y 12 de agosto de 1997 (fs. 61 y 70 ib.), la Fiscalía consideró extemporánea la inicial petición y otra posterior, por señalar la norma invocada, artículo 37 del estatuto procesal penal entonces vigente, que debía efectuarse “hasta antes de que se cierre la investigación”.

El 22 de agosto de 1997 se profirió resolución de acusación contra el procesado por los delitos antes imputados (fs. 73 y Ss. ib.), aclarando que en el porte ilegal de arma de fuego concurría la circunstancia de agravación de utilizarse medio motorizado (literal a. art. 1º D. 2266 de 1991), enjuiciamiento que no fue impugnado y cobró ejecutoria el 8 de septiembre siguiente (f. 82 ib.).

Correspondió adelantar el juicio al Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali, al cual el 19 de septiembre de 1997 llegó solicitud de disponerse lo conducente para proferir sentencia anticipada, al tenor del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal anterior, ordenando dicho Juzgado una diligencia de “complementación y aceptación de cargos”, en la cual una vez leída la resolución acusatoria, en presencia de su defensora de confianza JHON JAIRO GARCÍA PEREA los aceptó en su integridad, pidiendo que se estudiara la viabilidad de concederle “libertad condicional”.

El 14 de noviembre de 1997, el referido Juzgado dictó la consiguiente sentencia anticipada, imponiéndole 35 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas (fs. 103 y Ss. ib.), partiendo de 32 meses por el hurto, más 8 por el concurso con el delito contra la seguridad pública, 40 meses, disminuidos en una octava parte, en razón de haberse acogido a la sentencia anticipada en la etapa de juzgamiento, así como la obligación solidaria de pagar \$300.000 por perjuicios materiales.

Este fallo fue impugnado por la defensa, por el quantum de pena al no ser reconocida rebaja por confesión y por negarse la condena de ejecución condicional, confirmándolo el 29 de enero de 1998 el Tribunal Superior de Cali (fs. 133 y Ss. ib.), mediante sentencia que el acusado impugnó en casación y sustentó un nuevo defensor.

LA DEMANDA

1.- Para sustentar un primer cargo, acudiendo a la causal tercera de casación aduce el censor que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa, pues los diversos defensores no ejercieron adecuadamente su misión, y algunos se limitaron a presentar el poder, solicitar copias y renunciar a la representación, por no llegar a un acuerdo sobre honorarios.

1.1.-Indica que si bien para la fecha de cierre de investigación (8 de julio de 1997), la Fiscalía había designado un defensor de oficio, ante el mandato a una defensora de

confianza, que lo aceptó el 10 de ese mes, la clausura se notificó por estado del 16 de julio siguiente, notificación que considera irregular.

1.2.- Aunque el sindicato suscribió el 11 de julio de 1997 petición de acogerse a sentencia anticipada, que fue allegada a la Fiscalía el 17 de ese mes, antes de la ejecutoria de la resolución de cierre sumarial, mediante proveído del 22 del mismo mes se negó tal petición, por no haberse presentado antes de la clausura de la etapa sumarial, con lo cual se le vedó la importante rebaja de la tercera parte de la pena, relegándolo a la octava por haber persistido en su petición ante el Juzgado 4° Penal del Circuito, pero la defensora no impugnó tal determinación, pudiendo hacerlo.

1.3.- Anota que también se presentaron irregularidades en el proceso, como no darle a conocer sus derechos a JHON JAIRO GARCÍA PEREA en el momento de su captura, según ordenaba el artículo 377 del decreto 2700 de 1991, suscribiéndose el acta respectiva un día después.

1.4.- Señala que no hubo acertado despliegue investigativo para verificar las manifestaciones del sindicato en su indagatoria, en cuanto expresó estar parqueado en el antejardín de la casa de su amiga Lizbet, ni el representante del Ministerio Público ejerció actividad procesal.

Con tales irregularidades, en criterio del demandante, se desconocieron las garantías defensivas del sindicato durante el sumario, vulnerándose los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 1° y 304-3 del decreto 2700 de 1991, ya que careció de una defensa técnica adecuada y eficaz, que habría podido solicitar pruebas a pesar de su confesión.

Por lo anterior, solicita el demandante que se case la sentencia impugnada y se decrete la nulidad a partir del cierre de investigación, para regresar las diligencias a la etapa instructiva.

2.- En subsidio de lo anterior, ataca el casacionista la sentencia por violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 68 del decreto 100 de 1980, ya que la pena impuesta es inferior a 3 años y carecía el procesado de antecedentes penales, además de haber solicitado en la diligencia de aceptación de cargos realizada en la etapa del juicio, que se le concediera ese subrogado, sin oposición del Juez ante dicha petición, ni pronunciamiento del instructor sobre la personalidad de GARCÍA PEREA o la condena de ejecución condicional.

Sin más, solicita casar la sentencia, “disponiendo lo pertinente”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el primer cargo prospera parcialmente, no para declarar nulidad, sino para rebajar la pena a la resultante con el descuento de una tercera parte; estima improcedente el segundo, para finalizar con petición “de corrección del fallo”, que ajuste la pena impuesta a GARCÍA PEREA al descuento previsto para quienes se acogen a sentencia anticipada en la etapa instructiva, por las siguientes razones:

1.- En cuanto a la nulidad por violación al derecho de defensa:

1.1.- Expresa el Procurador Delegado que en lo concerniente al argumento del demandante de haber carecido el procesado de defensa técnica adecuada, debido a la designación de sucesivos defensores, de oficio o por el sindicado, esa inestabilidad en la asistencia constituye el ejercicio del derecho de postulación previsto por el artículo 139 del estatuto procesal penal de entonces, reiterado en el actual, advirtiendo por el contrario, que la defensa ha sido continua y permanente.

Incluso, cuando ya estaba clausurada la investigación y el sindicato designó a una defensora, el cierre no estaba ejecutoriado, existiendo la posibilidad de interponer recurso, y no había comenzado a correr el término para alegar, por lo cual no existió vulneración al derecho de defensa.

Al criticarse la notificación del cierre de investigación por estado a la defensora, analiza el Procurador que se ajustó a las previsiones legales, pues habiéndose emitido el 8 de julio de 1997 y notificado personalmente al sindicato, la defensora presentó el poder, solicitando en la misma fecha copias del expediente que fueron ordenadas ese día, enviándose telegrama a su dirección.

También estima el representante de la sociedad que no se puede predicar orfandad de argumentos de la defensa técnica para contradecir los cargos, cuando es palmario que la situación del sindicato está claramente comprometida y éste, antes de empezar a correr el término para presentar alegatos de conclusión, opta por la vía de la terminación anticipada del proceso, basada en aceptar los cargos imputados, lo que implica excluir que surja nulidad de tales motivos.

1.2.- Acerca del rechazo a la petición de sentencia anticipada, invocada por JHON JAIRO GARCÍA PEREA antes de quedar ejecutoriado el cierre de investigación, conllevando para el juicio la rebaja de una octava parte, en lugar de la tercera, analiza que habiendo señalado el artículo 11 de la ley 365 de 1997, modificadorio del 3° de la ley 81 de 1993, como límite para solicitar sentencia anticipada en el sumario “hasta antes” de cerrar la investigación, en un comienzo los operadores jurídicos entendieron que era hasta la fecha en que se emitía la resolución pertinente, pero luego esta corporación, entre otras sentencias, en la de 16 de abril de 1998 con ponencia de los Magistrados Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos Eduardo Mejía Escobar, precisó que esa oportunidad se proyectaba “hasta la ejecutoria de la respectiva providencia”.

De lo anterior concluye el Procurador Segundo Delegado, que las decisiones de la Fiscalía de julio 22 y agosto 12 de 1997, de negar el trámite de la sentencia anticipada al sindicado cuando no estaba en firme la providencia que dispuso el cierre de investigación, comprometen el derecho del imputado a una rebaja de pena mayor, pero su remedio no es la declaratoria de nulidad, que implica devolver el proceso a la etapa de instrucción, sino reducir la pena en una tercera parte, con base en el artículo 11 de la ley 365 de 1997, al contarse con la certeza de la aceptación total de los cargos.

1.3.- Sobre el reproche del defensor de no haberse dado a conocer al capturado sus derechos en el momento de la aprehensión, según disponía el artículo 377 del decreto 2700 de 1991, sino hasta el día siguiente, cuando el Fiscal correspondiente diligenció el “acta de derechos del capturado”, para a continuación recibirle indagatoria con la asistencia de un defensor de confianza, con tan lacónica crítica el libelista no demuestra cómo generó alteración de las garantías del imputado, ni su incidencia en el fallo atacado, por lo cual solicita el Delegado que se desestime esta censura.

2.- Frente al cargo por violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal anterior, señala el agente del Ministerio Público que el casacionista no lo demostró, limitándose a argumentar que la pena es inferior a tres años y el sindicado no tiene antecedentes penales ni disciplinarios, frente a la solidez de la argumentación del fallo en este aspecto, por lo cual la Procuraduría no prohija una censura huérfana de sustentación e insuficiente para remover la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- En el caso que se examina, se observa que habiendo sido notificados personalmente de la sentencia de primera instancia el acusado y su defensora (fs. 117 y 118), ambos la impugnaron en lo relativo a la dosificación punitiva, el primero por no fijarse la pena mínima, la segunda por no haberse reconocido a su mandante la rebaja de pena por

confesión, y los dos por no concederse la condena de ejecución condicional, actuando así dentro del limitado marco de interés impuesto por el artículo 37B-4 del estatuto procesal penal anterior, modificado por el 5° de la ley 81 de 1993 y el 12 de la ley 365 de 1997.

2.- Por otra parte, observa la Sala que no existió quebrantamiento de alguna garantía constitucional del procesado, como de manera acertada analizaron los juzgadores en los fallos de instancia. La solicitud de “libertad condicional”, efectuada por el procesado inmediatamente después de aceptar los cargos formulados por la Fiscalía en la resolución acusatoria, es simplemente una petición, que no hacía parte de la imputación y, al no haberse acogido porque además era improcedente, no vinculaba al Juez.

Tampoco constituyó irregularidad alguna, menos que alcanzare trascendencia, la manera como se notificó, por estado, la resolución de acusación a la defensora, que se cumplió dentro de las previsiones del artículo 440 del estatuto procesal penal anterior, modificado por el 59 de la ley 81 de 1993. Además, la asesoría de tal profesional fue acertada, al propiciar lo que consideró beneficioso para el sindicado, ante su confesión de los hechos imputados y el acogimiento de la sentencia anticipada, que dejó sin trascendencia la constatación de algunos de los aspectos derivados de las iniciales aseveraciones del indagado.

Igualmente carece de incidencia la probable tardanza en informarle sus derechos al capturado, dejándose sin constancia de comunicación formal, tan solo de un día para otro, sobre lo que rápidamente pudo saber y reafirmó con la recepción de la indagatoria, en la cual estuvo asistido por un defensor de su confianza. Aparte de las consecuencias disciplinarias a que pudiere haber lugar, y aún si eventualmente ameritare en ese momento la incoación de alguna acción pública, ningún sentido tiene imaginar siquiera que procediese anulación, por un acto que pudo haberse omitido transitoriamente, pero que no arroja consecuencia alguna sobre la debida continuación del diligenciamiento.

Como se viene analizando, tales críticas son irrelevantes y no permiten estimar conculcado el debido proceso, ni la defensa técnica, resultando inmanente a la aceptación de los cargos la pretermisión de algunos pasos, debates, despliegue investigativo y controversias de comprobación, gratificada por la rebaja punitiva, en proporción que depende de la etapa en que se manifieste la voluntad de acogerse a la terminación anticipada, la cual deviene así favorable para el sometido, la sociedad y el Estado.

3.- Sí asiste razón al casacionista, derivada de lo que vino a ser mayoritariamente precisado por la jurisprudencia a partir del fallo de fecha 16 de abril de 1998, en el asunto de radicación 10.397, con ponencia de los Magistrados Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos Eduardo Mejía Escobar, que cita el representante del Ministerio Público en su acertado concepto, tema posteriormente definido por la ley (art. 40 L. 600 de 2000), en cuanto la negativa de la Fiscalía a tramitar la solicitud de sentencia anticipada, presentada por JHON JAIRO GARCÍA PEREA cuando aún no había quedado ejecutoriada la resolución de clausura de la instrucción, conculcó su derecho a beneficiarse con reducción de pena en proporción mayor (1/3) a la que finalmente le fue reconocida (1/8).

Con todo, la manera de restablecer a GARCÍA PEREA la garantía afectada, no es la declaratoria de nulidad que insta el defensor, a partir de las providencias de 22 de julio y 12 de agosto de 1997, por las cuales la Fiscalía Seccional negó al procesado el trámite hacia sentencia anticipada, por haberse cerrado la investigación desde el 8 de julio de ese año, sino el ajuste de la punibilidad, por ser la alternativa lícita y justa para subsanar la irregularidad (art. 310-5 L. 600 de 2000), siguiendo el reiterado criterio de esta corporación (cfr. sentencia de casación de fecha 17 de mayo de 2001, rad. 15.634, con ponencia de quien ahora cumple igual labor):

“Consecuencialmente, otro de los principios que orienta el rumbo de las nulidades es el de... la naturaleza residual, en tanto la nulidad es medida extrema, que sólo podrá decretarse cuando no exista otro instrumento procesal para subsanar la irregularidad

(numeral 5° ib.).

En tal orden de ideas, si la solicitud de sentencia anticipada se formula durante el correspondiente lapso de ejecutoria, de la providencia que cerró la instrucción, o de la que fijó fecha para audiencia pública, o de la que citó para sentencia, esto último en el caso de la desaparecida justicia regional y, en consecuencia, se debe rebajar la pena, la solución tanto en sede de apelación como de casación, no será la nulidad, sino la corrección de la sentencia para ajustar la sanción, en la medida legalmente autorizada según la respectiva oportunidad.”

De conformidad con lo analizado, el cargo prospera parcialmente, puesto que habiéndose declarado cerrada la investigación el 8 de julio de 1997, el sindicato solicitó acogerse a la sentencia anticipada, “de conformidad con lo estipulado en el artículo 37 del C.P.P., modificado por la ley 81 de 1993... para hacerme acreedor a una 1/3 parte de la pena” (f. 60 cd. 1), escrito allegado a la Fiscalía el 17 de julio de 1997, con constancia secretarial de encontrarse el expediente corriendo el término de ejecutoria, que venció el 25 de dicho mes (f. 68 ib.).

Ante la negativa de la Fiscalía a tramitar esa petición, acorde con la entendible asunción literal que por entonces solían asumir los administradores de justicia, el sindicato la reiteró el 8 de agosto de 1997 y volvió a hacerlo, ya ante el Juez 4° Penal del Circuito de Cali, el 19 de septiembre del referido año, aceptando en la diligencia correspondiente, con la asistencia de su defensora de confianza, la totalidad de los cargos imputados en la resolución de acusación.

4.- En consecuencia, el fallo ha de ser parcialmente casado, sólo en cuanto el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali, al dosificar la pena por el concurso material heterogéneo de los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado, únicamente redujo la octava parte de 40 meses de prisión, esto es, 5

meses, para quedar en 35.

Como se ha venido analizando, la reducción que corresponde es la que preveía el inciso 4° del artículo 11 de la ley 365 de 1997, esto es, una tercera parte de la pena inicialmente determinada, o sea, 13 meses y 10 días, para quedar la pena principal en 26 meses y 20 días de prisión, e igual lapso para la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

5.- Acerca del segundo reproche planteado por el censor, con base en la causal primera de casación, cuerpo primero, por supuesta violación directa por falta de aplicación del artículo 68 del decreto 100 de 1980, en torno al pretendido otorgamiento de la condena de ejecución condicional, con acierto observó el agente del Ministerio Público que el impugnante apenas lo enuncia, aduciendo que la prisión resultante es inferior a 3 años y que el procesado carecía de antecedentes.

Pero no establece, ni desarrolla y menos comprueba, desacierto jurídico alguno en que hubieren incurrido los falladores, en la sustentada consideración que condujo a denegar el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, falencia que impide pronunciarse de fondo sobre el cargo, en una impugnación extraordinaria que es por naturaleza rogada.

6.- Esta sentencia se notificará, pero no admite recurso alguno, al no ser reformable ni revocable un fallo por el mismo Juez o Sala que lo ha proferido (art. 412 L. 600 de 2000, anteriormente art. 211 D. 2700 de 1991) y haber sido dictado éste por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, para resolver la casación planteada.

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:

CASAR parcialmente la sentencia condenatoria objeto de impugnación, únicamente en el sentido de fijar en veintiséis (26) meses y diez (10) días la pena de prisión impuesta a JHON JAIRO GARCÍA PEREA, quedando todo lo demás sin modificación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
CÓRDOBA POVEDA

JORGE E.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria