

Proceso No 15262

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 049

Bogotá, D. C., dos de mayo del año dos mil dos.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO contra la sentencia del Tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca mediante la cual lo condenó por el concurso de delitos de homicidio agravado.

Hechos y actuación procesal.-

Aproximadamente a las diez (10:00) de la noche del diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996), en la plaza de mercado de Pacho (Cundinamarca), perdieron la vida los señores JOSE ALCIBIADES PRADA GOMEZ y NOFAL FLOREZ SAENZ, a consecuencia de haber recibido varios impactos de proyectil de arma de fuego.

La investigación fue abierta por la Fiscalía delegada ante el Juzgado penal del circuito de Pacho (fl. 17), autoridad que vinculó mediante indagatoria a JOSE VILLAMIL JIMENEZ RODRIGUEZ (fls. 19 y ss. 1) y ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO (fls. 95 y ss.) a quienes se definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 57 y fls. 103 ss.-1).

Días más tarde, se dispuso la clausura parcial de la etapa investigativa respecto de JOSE VILLAMIL JIMENEZ RODRIGUEZ (fl. 128) quien manifestó su deseo de acogerse a sentencia anticipada (fl. 132), lo que motivó la ruptura de la unidad procesal y la continuación de la instrucción respecto de ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO.

Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo (fl. 185 cno. 1), el catorce de abril de mil novecientos noventa y siete se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO por el concurso de delitos de homicidio y fabricación y tráfico de armas y municiones de defensa personal (fls. 194 y ss.), mediante determinación que el veintinueve de mayo siguiente la Unidad de fiscalía delegada ante los tribunales superiores de Bogotá y Cundinamarca adicionó en el sentido de que la acusación procede por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de homicidio agravado por la circunstancia prevista por el artículo 324-7 del Decreto 100 de 1980 y confirmó en sus restantes partes, al resolver la segunda instancia que por vía de apelación promoviera el defensor (fls. 4 y ss. cno. sda. inst.).

El trámite del juicio fue asumido por el Juzgado único penal del circuito de Pacho (fl. 217 y ss.-1) donde se llevó a cabo la audiencia pública (fls. 245 y ss.), y el dieciséis de abril de mil novecientos noventa y ocho puso fin a la instancia condenando al procesado ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO a la pena principal de cuarenta y ocho (48) años y tres (3) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, y el pago de los perjuicios causados con la infracción, a consecuencia de declararlo penalmente responsable del concurso de delitos imputado en la acusación (fls. 274 y ss.), mediante sentencia que el cinco de agosto siguiente el Tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca, revocó parcialmente en el sentido de absolver al procesado del cargo por porte ilegal de armas de fuego de defensa

personal, confirmó la condena por el concurso de delitos de homicidio agravado por el que le impuso cuarenta y ocho (48) años de prisión y confirmó en sus restantes partes, entre otras determinaciones (fls. 51 y ss. cno. Trib.), al conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta por el procesado y su defensor.

Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad, estos mismos sujetos procesales interpusieron recurso extraordinario de casación (fls. 79 vto. y 82), el cual fue concedido por el ad quem (fl. 85) y dentro del término legal el defensor público presentó el correspondiente escrito sustentatorio (fls. 97 y ss. cno. Trib.), que se declaró ajustado a las prescripciones legales por la Sala (fls. 3 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en la causal tercera de casación, el libelista postula un cargo contra el fallo del tribunal.

UNICO CARGO. (Nulidad por violación del debido proceso).

Sostiene al efecto que con ocasión del pronunciamiento de segunda instancia mediante el cual se desató la apelación promovida por la defensa contra la providencia acusatoria, “se generó una irregularidad grave que afecta sustancialmente la garantía fundamental del debido proceso (numeral 2 del artículo 304 del C. P.P.), al rebasar el fiscal ad quem, la competencia restrictiva que para tal efecto le concede el artículo 217 del Código de Procedimiento penal”.

Manifiesta que luego de agotada la fase instructiva, en la calificación del sumario por la primera instancia “nada se dijo sobre una eventual circunstancia de agravación de los punibles que eran objeto de acusación”, lo cual resultaba acorde con la situación procesal de JOSE VILLAMIL JIMENEZ RODRIGUEZ quien tras acogerse a la figura procesal de la sentencia anticipada se le formularon cargos por el concurso homogéneo y

simultáneo de homicidios simples y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Proferida la acusación, el defensor interpuso el recurso de apelación señalando como objeto de la impugnación lo atinente a la responsabilidad del procesado y la declaratoria de unas nulidades solicitadas en sus alegatos, requiriendo el proferimiento de preclusión de la investigación.

No obstante haber sido delimitado el objeto de la impugnación, el fiscal delegado de segunda instancia no se atuvo a lo dispuesto por el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 34 de la ley 81 de 1993, y adicionó la providencia recurrida en el sentido de señalar que los homicidios por los que procede la acusación están agravados por la circunstancia descrita en el numeral 7 del artículo 324 del estatuto punitivo, desbordando con ello los aspectos impugnados.

Esto por cuanto en la apelación para nada se abordó temas referentes al proceso de adecuación típica o la demostración de la materialidad del hecho, y corrió solamente a cargo del defensor descartando cualquier posibilidad para que la adición obedeciera a la impugnación de otro sujeto procesal, y sin que resulte viable predicar que los aspectos impugnados tuvieron relación con aquél en que se modificó la providencia recurrida, dado que sólo se refirieron a presupuestos de legalidad de la actuación y la responsabilidad del procesado.

Independientemente de que las consideraciones del Fiscal ad quem fueran fundadas o no, de todos modos rebasan el alcance que la ley le permite al momento de resolver la apelación en consideración a los aspectos que fueron objeto del recurso.

Considera por tanto indiscutible que la variación de la calificación realizada por la segunda instancia, resultó gravosa a los intereses del procesado si se toman en cuenta las consecuencias punitivas deducidas en el fallo pues de no haberse realizado la modificación, el rango de pena a imponer oscilaba entre 25 y 40 años de prisión, mientras que

endilgados los homicidios agravados la pena privativa de la libertad gira entre 40 y 60 años, por lo que, a su criterio, “se trata pues de una modificación del tipo objetivo, que no había sido aspecto impugnado y que realizada, vulneró el debido proceso, al rebasar el fiscal ad quem la competencia que le otorga el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal al desatar un recurso de apelación”.

Advierte asimismo, que con la vulneración de la garantía fundamental del debido proceso, se transgredió también el principio rector de la igualdad previsto por el artículo 20 del Estatuto procesal por entonces vigente, “cuando ante idénticas circunstancias de orden fáctico y probatorio, el autor confeso de los punibles resulta condenado por homicidio simple, mientras que a él se le endilga los mismos hechos bajo la calificación de homicidio agravado” a consecuencia del desbordamiento de la competencia del fiscal de segunda instancia.

Con fundamento en esto solicita de la Corte declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la resolución calendada el 29 de mayo de 1997, mediante la cual un Fiscal delegado ante los tribunales superiores de Bogotá y Cundinamarca desató el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la resolución de acusación (fls. 97 y ss.).

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

La Procuradora cuarta delegada para la casación penal conceptúa que la garantía constitucional de la prohibición de la reforma peyorativa cuando el procesado sea apelante único, tiene lugar solamente para sentencias, pues así se establece de los artículos 17 y 217 inciso segundo del Decreto 2700 de 1991 y actualmente en los artículos 18 y 204 de la ley 600 de 2000, sin que resulte válido darles interpretación extensiva y concluir que pueden ser aplicables a toda clase de providencias como las que resuelven algún aspecto sustancial en el proceso.

Yerra en consecuencia el actor al pretender fundar la nulidad en el agravio del sindicado

proveniente de la revisión de una providencia distinta del fallo, pues el cambio en la calificación jurídica hecha por la Unidad de fiscalía delegada ante los tribunales de Bogotá y Cundinamarca respecto de la realizada por la Fiscalía seccional de Pacho, se produjo al conocer en segunda instancia de la apelación de la resolución de acusación, sin que por ello se hubiere incurrido en reforma peyorativa ya que sobre esta clase de pronunciamientos no opera tal prohibición.

Destaca además, que de acuerdo con los términos en que se propuso la apelación contra la providencia calificatoria, en la que el recurrente insistió en la existencia de nulidad que ya habían sido contestadas y negadas en el acto calificadorio del sumario, y se dolía de las pruebas tenidas en cuenta para acusar y el mérito atribuido por el fiscal de primera instancia, se establece que la impugnación fue integral pues con ella se pretendía eliminar la acusación formulada en contra de Valbuena Salcedo atacando la forma como el Fiscal a quo llegó a tal pronunciamiento, y que en su lugar se profiriera preclusión de la investigación, lo que indica que el ad quem tenía una habilitación ilimitada.

De esta manera si el instructor, previo el análisis probatorio, concluyó que Aníbal Ricardo Valbuena Salcedo “sí mató”, a lo que el defensor replicó y quiso demostrar que las mismas pruebas le indicaban que no lo hizo, esa tesis y antítesis llevó a la síntesis a que arribó el ad quem en el sentido de que “sí mató pero en una forma cualificada”, esto es, por la presencia de una circunstancia que hacía tener el homicidio como agravado.

Considera entonces que no asiste razón en el casacionista al pregonar que el superior rebasó la competencia restrictiva prevista en el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991 al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la calificación del sumario, puesto que llegó a su conocimiento por medio de una crítica total que le otorgaba plena competencia para decidir sin limitación alguna, notándose, además, que sus

consideraciones fueron argumentadas y apoyadas en el material de prueba recaudado en el proceso.

Finalmente, en cuanto se relaciona con la crítica que el censor formula de haberse violado el principio de igualdad, destaca que si bien dicho principio estaba previsto por el artículo 20 del decreto 2700 de 1991, las dos sentencias proferidas respectiva y separadamente en contra de José Villamil Jiménez Rodríguez y Aníbal Ricardo Valbuena Salcedo obedecieron a un diferente momento, pues el acogimiento de la sentencia anticipada por parte del primero de los mencionados se dio en fecha anterior a la de calificación del sumario respecto del segundo, pues aquella ocurrió el 16 de enero de 1997, en tanto que ésta tuvo lugar el 14 de abril siguiente.

Y no obstante que de acuerdo con el principio de la unidad procesal se debe adelantar una sola actuación independientemente del número de autores o partícipes y de hechos materia de investigación, es de resalto que cuando ocurre un cierre parcial de la investigación o uno de los sindicados se acoge a la figura de la sentencia anticipada, de manera legal y obvia se rompe dicha unidad adquiriendo cada una de las actuaciones vida propia y autónoma, como ocurrió en este caso, de ahí que se hubiere enviado la parte de la actuación correspondiente a ese sujeto procesal al juzgado para el proferimiento del fallo respectivo, en tanto que en la Fiscalía continuó el trámite respecto del otro sindicado.

Y a pesar que fue el Juzgado penal del circuito de Pacho, la autoridad que emitió las dos sentencias (la proferida en el trámite anticipado y la que aquí concita la atención), de ello no se establece que las diferentes actuaciones se vuelvan a unir pues esa independencia lleva también a diversas decisiones sin que ninguna esté supeditada a la otra, de manera que la diferencia punitiva en los dos pronunciamientos obedeció a precisos factores que la justificaron en razón del estadio en que se dio la ruptura de la unidad procesal, lo que conllevó una valoración probatoria diferente, sin que pueda

válidamente afirmarse que se vulneró la igualdad de los sujetos procesales.

Además, si del recaudo probatorio puede evidenciarse que se incurrió en error en la calificación jurídica del hecho en relación con el procesado José Villamil Jiménez Rodríguez, al no ser considerada la circunstancia de agravación punitiva que sí tuvo en cuenta la fiscalía de segunda instancia respecto de Aníbal Ricardo Valbuena Salcedo, no podría invocarse el derecho a la igualdad con relación a un posible yerro judicial para aplicarlo de manera análoga a este caso.

Como quiera entonces que no asiste razón en el casacionista, y dado que el cargo no está llamado a prosperar, solicita de la Corte no casar la sentencia acusada (fls. 12 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

UNICO CARGO. (Nulidad por violación del debido proceso).

Del contenido de la demanda, se establece que con apoyo en el motivo tercero el casacionista funda su ataque al fallo en sostener que fue proferido en juicio viciado de nulidad, por la presencia de irregularidades sustanciales que afectan la garantía constitucional del debido proceso “al rebasar el fiscal ad quem, la competencia restrictiva que para tal efecto le concede el artículo 217 del Código de procedimiento penal” (Decreto 2700 de 1991), artículo 204 de la ley 600 de 2000, y no como erradamente ha sido interpretado por la Procuradora delegada al inferir que el fundamento del cargo radica en la prohibición constitucional de la reforma peyorativa.

Es cierto, como se menciona en el concepto de la representante del Ministerio Público, que interpretando el contenido del artículo 31 de la Carta Política la jurisprudencia de esta Corte tiene por sentado que la prohibición de la reformatio in pejus hace referencia únicamente a las sentencias, cuando el procesado es único apelante y no a otro tipo de

decisiones de las que se toman con anterioridad a dicho estadio procesal, así se trate de la resolución acusatoria (sentencias del 6 de mayo de 1993 -M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, 21 de septiembre de 1994 -M.P. DR. Juan Manuel Torres Fresneda, 23 de noviembre de 1994 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia) criterio últimamente reiterado en fallo de casación del 25 de mayo del año 2000 con ponencia del Magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote.

Cuando el ataque en casación tiene que ver con la vulneración del principio contenido en el artículo 31 de la Carta Política, desarrollado en el 217 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991 y hoy en día por el artículo 204 del Nuevo estatuto procesal), esto es, el de la no reforma en perjuicio cuando se trate de apelante único, se impone acudir a la causal primera, vía directa de violación del derecho sustancial, y no a la tercera o de nulidad, pues se trata de un error in iudicando que nada tiene que ver con el procedimiento, ni con la valoración de los hechos o de las pruebas, y que afectaría únicamente la legalidad de la sentencia en lo que tiene que ver con todos aquellos aspectos que implican pena (Cfr., entre otros, fallos de 11 de noviembre de 1993 y 2 de octubre de 1994 M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; 14 de septiembre de 1994 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; 14 de julio de 1995 M.P. Dr Jorge Enrique Valencia Martínez; 7 de marzo y 25 de mayo de 2000 M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

No es esta la eventualidad que se presenta en el caso, donde el casacionista tan sólo denuncia que el Fiscal de segunda instancia al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra el proveído calificadorio, desbordó la competencia al efecto establecida por el artículo 217 del estatuto procesal por entonces vigente, según el cual “la apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados”.

En razón de ello no resulta avenido al contenido de la demanda, la apreciación de la Delegada en el sentido de denotar “desacierto del actor al querer fundar la nulidad en el

agravio del sindicado proveniente de la revisión de una simple providencia, pues el cambio en la calificación jurídica hecha por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá y Cundinamarca respecto de la dada por la Fiscalía Seccional de Pacho, se dio al conocer de la apelación de la resolución de acusación luego no se incurrió en la reforma peyorativa pues en esa clase de decisiones no opera tal prohibición”.

Si bien el fundamento normativo del reproche es lo contenido en el artículo 217 del Estatuto procesal hoy derogado, no puede desconocerse que el mismo comprende aspectos distintos. El primero guarda relación con la prohibición constitucional de la reforma peyorativa cuando se trata de sentencias de mérito y el procesado es apelante único, en tanto que el segundo hace referencia a la limitada competencia del superior para pronunciarse sobre los aspectos materia de impugnación y respecto de los inescindiblemente vinculados con aquellos, sea que se trate de sentencia o de providencia interlocutoria como de tal especie es la calificatoria del sumario.

Hecha esta precisión, y teniendo en cuenta que el censor acudió a la causal establecida para denunciar atentados al debido proceso, en este caso por el desbordamiento de la competencia del superior al pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto de impugnación, la Corte aprehenderá el estudio de fondo de la censura que el demandante presenta, pues es claro que ella corresponde a argumentación dirigida a demostrar la configuración del yerro, señala las normas transgredidas, y especifica la repercusión que dicho desacierto tuvo en la afectación de los intereses del procesado que se vio materializada en el fallo.

En torno al punto, la Corte tiene establecido que el proceso penal es, en esencia, escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita la potestad de investigar, juzgar y sancionar la realización de conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de modo arbitrario, pues la ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas

deben sujetarse las actuaciones del Fiscal, del Juez y de las partes, siendo esta la manera en que ordena el desarrollo procesal, el cual, adicionalmente, ha de encontrarse permanentemente ceñido a los principios y valores impuestos por la Carta Política, como presupuesto de validez de los actos del proceso.

El derecho de acceder a la segunda instancia tiene fundamento constitucional, en cuanto integra la noción de debido proceso, de acuerdo con las previsiones y excepciones que al respecto establezca la ley, de manera que no se restringe solamente a las sentencias judiciales sino que también cubre a las providencias interlocutorias distintas de aquellas, como así se establece del principio previsto por el artículo 18 de la ley 600 de 2000.

A tenor de la normativa procesal derogada, contenida en el Decreto 2700 de 1991 y la hoy en día vigente- ley 600 de 2000- , el recurso de apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no sólo debe ser interpuesto oportunamente, sino, también, sustentado por escrito ante la primera instancia, de manera que la fundamentación de la apelación, se constituye en acto trascendente en la composición del rito, pues no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disenso se declara desierto y no se abre a trámite la segunda instancia, pues en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.

Así, entonces, la sustentación de la apelación es carga para el impugnante y constituye presupuesto ineludible para acceder a la segunda instancia, pero una vez cumplido el requisito, la fundamentación expuesta en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del

superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, según lo disponía el artículo 217 del Decreto 217 del Código de procedimiento penal y ahora el artículo 204 de la ley 600 de 2000. La sustentación, en otras palabras, fija el marco de examen y pronunciamiento sobre la cuestión debatida al funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

De manera que si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del ad quem, y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones a que arribó el a quo, resulta evidente la relación de necesidad que se produce entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del funcionario judicial de segunda instancia. Por tanto, providencia apelada y recurso, conforman una tensión que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el funcionario judicial de integrar a la estructura de su decisión la exposición del punto que se trata y los fundamentos jurídicos de ella.

Este criterio de la Sala, referido a la restringida competencia del superior cuando del recurso de apelación se trata, ha sido reiterado en varios pronunciamientos entre los que merecen destacarse los proferidos el 25 de marzo de 1999 con ponencia del Magistrado Mejía Escobar, y el 9 de marzo de 2000 con ponencia del Magistrado Pinilla Pinilla, en el ultimo de los cuales se indicó que a diferencia del grado jurisdiccional de la consulta que se inspira en el interés general, tiene carácter imperativo, y la competencia del superior es plena e ilimitada, los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés del impugnante y la competencia por el factor funcional es limitada. De acuerdo con su albedrío, las partes pueden recurrir y el ad quem sólo revisa los aspectos que son materia de impugnación.

Más recientemente, y ya en vigencia del nuevo estatuto procesal, en auto de segunda instancia proferido el dieciocho de diciembre de dos mil uno con ponencia del Magistrado GOMEZ GALLEGO dentro del proceso de radicado 18290-18575, indicó la Corte, que con respecto a la resolución de acusación si bien es cierto el superior no está sujeto a la prohibición de reformatio in pejus, pues este principio rige sólo para la sentencia, también lo es que tiene una limitación funcional en el sentido de que solamente puede revisar los aspectos impugnados u otros sustancialmente vinculados a éstos (artículo 217 C. P. P. de 1991 o artículo 204 C. P. P. de 2000). De pronunciarse sobre aspectos no comprendidos en la impugnación o respecto de aquellos no vinculados inescindiblemente a los motivos en que se funda el disenso, tendría que admitirse que éstos, por ausencia de una manifestación expresa al respecto en la resolución de primera instancia, no pudieron ser controvertidos por el apelante, y entonces los mismos carecerían de la doble instancia constitucionalmente garantizada (Const. Pol., art. 31; C. P. P./91, art. 16 y C. P. P./2001, art. 18).

De manera que la exigencia de sustentación obligatoria del recurso de apelación, conforme con el artículo 215 del Código de procedimiento penal de 1991 (artículo 194 del actual), tiene como fin delinear el objeto de la segunda instancia, de tal suerte que ésta no pueda pronunciarse sobre asuntos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad (por su naturaleza oficiosa) y los aspectos inescindiblemente vinculados a la impugnación.

“De modo que si el ordenamiento jurídico hace obligatoria la sustentación del recurso de apelación, hasta el extremo de amenazar con la deserción del mismo, correlativamente debe entenderse que la segunda instancia no puede desbordar los motivos de agravio o los elementos a los cuales puede extenderse legalmente la definición, pues, si lo hace, violaría los principios de contradicción, defensa y doble instancia, integrantes del apotegma más genérico denominado debido proceso, por cuanto el delito agregado por el funcionario de segundo grado, así tenga sustento fáctico, habría pretermitido la primera

instancia” (Se destaca).

En el caso materia de examen por la Corte, se reitera, el casacionista denuncia que el Fiscal de segunda instancia desbordó el ámbito de su competencia, restringida a los aspectos impugnados, y que al hacerlo transgredió el debido proceso. Para establecer si le asiste razón en la postulación del disenso, se sintetizarán los argumentos de la providencia calificatoria de primera instancia, los de la sustentación de la alzada y la decisión adoptada en ésta.

En la providencia proferida el catorce de abril de mil novecientos noventa y siete, el Fiscal seccional de la unidad delegada ante el juzgado penal del circuito de Pacho, (Cund.), en torno a la calificación jurídica de la conducta, indicó: “Los cargos aparecen contemplados respectivamente en el código penal, Libro II, Título XIII, Capítulo I, Artículo 323, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, e infracción de que trata el Decreto 3664 de 1986, Art. 1, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, Art. 1, denominándoseles como HOMICIDIO y FABRICACION Y TRAFICO DE ARMAS Y MUNICIONES, sancionando para quienes en tal comportamiento incurren con pena de prisión” (fl. 203), y resolvió:

“PRIMERO: PROFERIR RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO, de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, por los delitos de HOMICIDIO y FABRICACION Y TRAFICO DE ARMAS Y MUNICIONES, acorde con lo anotado en la parte motiva del presente proveído, como autor responsable de las conductas punibles señaladas.

“SEGUNDO: ORDENAR que como consecuencia de lo decidido, se mantendrá incólume la medida de aseguramiento, dictada contra el encartado con ocasión del presente averiguatorio.

“TERCERO. DISPONER que los delitos porque se procede trata el Libro 2. Tít. XIII, Cap. I,

Art. 323, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1994, y el Decreto 3664 de 1986, Art. 1 y adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 Art. 1, denominándose como FABRICACION Y TRAFICO DE ARMAS Y MUNICIONES.

“CUARTO: DECRETAR que una vez en firme la presente resolución, sean remitidas las presentes diligencias para ante el despacho del Juzgado Único Penal del Circuito de la ciudad, para lo de su cargo. Déjense las constancias de rigor” (fls. 204 y ss.).

Interpuesto por la defensa el recurso de apelación contra la anterior decisión, fundamentó su disenso en considerar:

- 1.- Las peticiones de preclusión de la investigación y libertad del procesado no fueron estudiadas debidamente.
- 2.- Las declaraciones de Sandra Patricia Rueda Sanabria y Luz Myriam Gil González fueron resumidas parcialmente y apreciadas sólo en los aspectos que desfavorecen al procesado.
- 3.- No hubo pronunciamiento de la primera instancia en torno al cuestionamiento propuesto por la defensa respecto de la validez de estas declaraciones.
- 4.- En la actuación se configuró una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, pues el sindicado fue indagado sin tomar en cuenta el contenido del artículo 299 del estatuto procesal por entonces vigente.

Con fundamento en ello reiteró su solicitud de precluir la investigación y adoptar las consecuencias procesales inherentes a dicha determinación.

Se nota, pues, sin mayor esfuerzo, de una parte, que la acusación proferida por la primera instancia fue por el concurso de delitos de homicidio simple, a su vez en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y, de otra, que quien

recurrió dicha determinación fue únicamente la defensa quien mostró inconformidad en los aspectos atrás reseñados, sin que éste, ni ninguno de los demás sujetos procesales, hubiere manifestado inconformidad alguna con la calificación jurídica de la conducta materia de investigación, lo que denota que estuvieron conformes con ella.

La decisión de segunda instancia, no obstante dedicar amplio espacio a rebatir las argumentaciones del apelante y en tal medida sostener que el material de prueba recaudado en la investigación no permite arribar a conclusión distinta de la que llegó el Fiscal de primera instancia “y por ello la decisión impugnada será motivo de confirmación pues se estima que existe la prueba requerida por nuestro ordenamiento procesal penal para ello” (fl. 6 cno. sda. inst.), expuso:

“Luego, no queda otra alternativa que confirmar la resolución no compartida por la defensa, es decir, ciertamente Aníbal Ricardo Valbuena Salcedo está incurso como coautor de los punibles de homicidio en las personas de José Alcibiades Prada Gómez y Nofal Flórez Sáenz, pero, dada la forma como se ejecutó el hecho estimamos que estas conductas es decir los homicidios que se cometieron en concurso homogéneo y sucesivo están agravadas por la circunstancia del artículo 324 numeral 7º, dado el estado de indefensión en que se encontraban cuando les dispararon sentados con los brazos cruzados como lo indica el acta de necropsia cuando al describir la posición del cadáver dice “sedente”, es decir, no se les dio ninguna oportunidad de defensa, es más tal vez no se dieron cuenta de lo que iba a acontecer, estaban en una completa incapacidad de repeler el ataque. Así que en este sentido se adicionará la resolución de acusación” (fl. 9 lb.).

Como resultado de confrontar la resolución de acusación proferida por la primera instancia y la sustentación, se establece que la discusión planteada por la defensa giró en derredor de la valoración probatoria y la responsabilidad del procesado, dando entonces por aceptada la calificación jurídica del hecho, siendo este el límite que le impuso a la segunda instancia, el cual, si bien en un comienzo fue respetado cuando expuso las

razones por las que la decisión impugnada habría de confirmarse, finalmente desbordó su competencia para imputar una circunstancia de agravación no contemplada en la providencia de primer grado y que ninguna de las partes pidió atribuir, con lo cual violó los principios de contradicción, defensa y doble instancia, como especies del debido proceso, por cuanto la citada agravante, así tuviera sustento fáctico, pretermitió su debate en la primera instancia.

Lo anterior no resulta desvirtuado, ni siquiera con la consideración de la Delegada en el sentido de que se trató de una impugnación integral, y que en dicha medida, el funcionario de segunda instancia estaba facultado para realizar una revisión amplia a los fundamentos del proveído de primera instancia.

Esto por cuanto, atendiendo el carácter progresivo que nuestro sistema ostenta, la apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no ha sido instituida a manera un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto por el a quo, sino como instrumento de control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por los funcionarios de primer grado, limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte que a dicho mecanismo acude, manifieste inconformidad.

Y si bien esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto en modo alguno indica que en todos los casos la impugnación verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, pues, como párrafos arriba se ha dejado expuesto, es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario de alzada. Entenderlo de manera diversa conllevaría reconocer que la exigencia de interponer oportunamente el recurso y sustentarlo frente a los motivos de disenso, constituye apenas la apertura de una vía de acceso sin limitación ninguna para el funcionario de segundo grado, lo cual repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio.

Por las razones que vienen de exponerse, es claro que la censura debe prosperar, aunque no en los términos planteados por el demandante, pues acorde con el principio de residualidad que orienta las nulidades, según el cual su declaración se torna inexorable cuando no haya manera distinta de corregir el yerro, carecería de sentido decretar la ineficacia de lo actuado a partir inclusive del pronunciamiento de segunda instancia con el único propósito de eliminar una circunstancia de agravación no deducida en la calificación de primer grado, cuando ello puede verse subsanado en sede extraordinaria introduciendo los correctivos que el fallo amerite, máxime si ninguna discusión se presenta en torno a la apreciación probatoria o la declaratoria de responsabilidad efectuada por los juzgadores.

Queda explícito entonces, que la Corte casará parcialmente la sentencia recurrida, excluyendo de la declaración de condena la circunstancia de agravación punitiva prevista por el artículo 324-7 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 30 de la ley 40 de 1993, deducida en contra del procesado ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO por la Unidad de fiscalía delegada ante los tribunales superiores de Bogotá y Cundinamarca en pronunciamiento proferido el 29 de mayo de 1997 (fls. 4 y ss. cno. sda. inst.).

Esto obliga, como es obvio, a tener que realizar un nuevo proceso de individualización judicial de la pena, tomando en cuenta, en primer lugar, los parámetros al efecto considerados por los juzgadores de instancia, y luego, los establecidos en los artículos 31, 61 y 103 de la ley 599 de 2000, aplicables por principio de favorabilidad, dado que establecen consecuencias punitivas menos gravosas para el comportamiento realizado que las fijadas en la ley 40 de 1993 por la que se definió el asunto.

Indicó el juzgador de segunda instancia:

“Esclarecido lo anterior, es del caso revisar los criterios empleados por el a quo para dosificar la pena, y en este sentido advierte que por tratarse de un concurso de hechos punibles procedió en la forma prevista en el artículo 26 del C.P., esto es, inicialmente determinó el punible sancionado con pena mayor, tanto cualitativa como cuantitativamente, que lo fue el de homicidio. Acto seguido partió del mínimo, 40 años según él, por no concurrir circunstancias de agravación, según lo prescrito por los artículos 61 y 67 del C.P., e incrementó ese guarismo hasta en otro tanto por el otro delito contra la vida, esto es 8 años, y en 3 meses por el porte ilegal de armas”.

“Ahora bien, de acuerdo con lo puntualizado respecto del último de los punibles mencionados, es del caso descontar los 3 meses precitados para determinar que la pena que en definitiva ha de aplicarse es de 48 años de prisión, porque si bien es cierto en primera instancia se dictó resolución de acusación por doble homicidio simple, tal determinación fue variada en segunda instancia por agravado, situación que no se presentó en el caso de JIMENEZ RODRIGUEZ, razón por la cual la pena que finalmente le fue impuesta resultó inferior a la que le corresponde a VALBUENA SALCEDO” (fls. 77 y ss. cno. Trib).

Si se prescindiera de considerar el principio de favorabilidad, habría de concluirse que la pena que le correspondería purgar al procesado, acorde con los parámetros fijados en los fallos de instancia, estaría determinada por el mínimo de pena previsto por el artículo 323 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 29 de la ley 40 de 1993, esto es, de 25 años de prisión, los que habrían de aumentarse hasta en otro tanto por efectos del concurso de hechos punibles (art. 26 ejusdem), que para el caso, sería de 5 años (20 % de la pena básica), para un total de treinta (30) años de prisión.

No obstante, como quiera que el nuevo estatuto punitivo establece una pena entre trece (13) y veinticinco (25) años de prisión para el delito de homicidio simple (art. 103 de la ley 599 de 2000), y no concurren circunstancias modificadoras de dichos límites, dado que

no existen atenuantes ni agravantes, de conformidad con el artículo 61 ejusdem resulta claro que es dentro del cuarto mínimo que habrá de determinarse la pena para cada uno de los delitos, esto es entre 13 y 16 años de prisión.

Sin embargo, como los juzgadores individualizaron la pena a partir del mínimo establecido en el tipo realizado, ésta será la base de la cual partirá la Corte, en este caso de trece (13) años de prisión, que aumentados en el mismo porcentaje en que se incrementó en las instancias por efecto del concurso de delitos (20%), esto es, dos (2) años, siete (7) meses y seis (6) días, arroja un total de quince (15) años, siete (7) meses y seis (6) días como pena definitiva a imponer al procesado ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO.

En lo demás, la sentencia se mantiene incólume.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto de la Procuradora cuarta delegada para la casación penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1.- CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada. EXCLUIR la circunstancia de agravación punitiva prevista por el artículo 324-7 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 30 de la ley 40 de 1993, deducida en contra del procesado ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO por la Unidad de fiscalía delegada ante los tribunales superiores de Bogotá y Cundinamarca en pronunciamiento proferido el 29 de mayo de 1997 (fls. 4 y ss. cno. sda. inst.).
- 2.- En consecuencia, FIJAR en quince (15) años, siete (7) meses y seis (6) días, la pena privativa de la libertad para el procesado ANIBAL RICARDO VALBUENA SALCEDO.

3.- En lo demás, la sentencia se mantiene incólume.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

ALVARO O. PEREZ PINZON

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria