

Proceso No 16293

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta Nro: 65

Bogotá D.C., veinte de junio de dos mil dos.

VISTOS

Decide la Corte la casación propuesta por el defensor de JOSÉ HERIBERTO AGUDELO TORRES contra el fallo de segundo grado del 26 de marzo de 1999, por cuyo medio el Tribunal Nacional confirmó con modificaciones el que en primera instancia profiriera un Juez Regional de Medellín, condenando en definitiva al procesado a la pena privativa de la libertad de 48 años de prisión como responsable de dos delitos de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de la fuerza pública, en concurso.

La Procuradora Cuarta Delegada para la Casación Penal emitió su concepto y solicita no casar la sentencia impugnada.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Cuatro desconocidos, a quienes en la noche del 6 de mayo de 1995 se les había visto

arribar a la Vereda “El Pescado”, zona rural del municipio de Briceño, Antioquia, en compañía del lugareño JOSÉ HERIBERTO AGUDELO TORRES, reconocido enemigo de la familia Patiño Mora, irrumpieron a la madrugada del día siguiente en la morada de éstos, y bajo la intimidación de las armas de fuego que portaban, más otras dos de las que ilícitamente se apoderaron, con el pretexto de una entrevista con un jefe subversivo se llevaron consigo a Gilberto Antonio Patiño Gaviria y Jesús Argemiro Patiño Mora, padre e hijo, en su orden, a un sitio despoblado donde les dieron muerte.

Decretada la formal apertura de instrucción por la Unidad Seccional de Fiscalía de Yarumal, Antioquia, se vinculó mediante indagatoria a AGUDELO TORRES, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación al resolverse su situación jurídica. Impugnada dicha determinación, la Fiscalía Delegada ante el tribunal superior la confirmó, oportunidad en la cual se vislumbró la posibilidad de estar frente a conductas punibles de conocimiento de la otrora justicia regional, a donde en efecto poco después se remitieron las diligencias por competencia.

Clausurada la etapa sumarial, y fallida como se tuvo la diligencia de formulación y aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada solicitada por el propio procesado, la cual éste mismo desechó, por proveído del 11 de abril de 1997 un Fiscal Regional profirió resolución de acusación contra el encartado como presunto coautor responsable de dos delitos de homicidio agravado, en concurso con hurto calificado agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso exclusivo de las fuerzas militares. Apelada esta decisión, un Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional la confirmó por la suya del 8 de julio del mismo año, pero modificándola en el sentido de desechar la imputación por hurto respecto de la cual precluyó la investigación.

Un Juez Regional de Medellín conoció del rito inherente al juicio en esta clase de asuntos, e impartido el trámite pertinente por sentencia del 8 de junio de 1998 condenó al acusado conforme al pliego de cargos a la pena privativa de la libertad de 55 años de

prisión, la que confirmó el Tribunal Nacional en decisión mayoritaria del 26 de marzo de 1999, pero con la modificación de que el procesado debía responder sólo por los homicidios endilgados y el porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública, por lo que redujo la sanción corporal a 48 años de prisión.

LA DEMANDA

Dos cargos dice formular el censor contra la sentencia recurrida extraordinariamente, que en realidad corresponden a tres. Dos por nulidad al amparo de la causal tercera, el primero como principal al considerar que el proceso se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia de la otrora justicia regional que conoció del asunto, y el segundo como subsidiario por estimar vulnerado el debido proceso. La restante censura la incoa el demandante al auspicio de la causal primera, cuerpo segundo, también como subsidiaria, por violación indirecta de la ley sustancial derivada de un falso juicio de existencia.

Primer cargo.

A. Nulidad por falta de competencia.

Conforme a lo previsto en el Art. 220-3 del C. de P. Penal anterior, hoy 207-3, estima el demandante que no existe prueba de la cual poder establecer la existencia de una conducta punible cuya instrucción y juzgamiento hubieran estado atribuidos a la extinta Justicia Regional.

En el desarrollo del cargo sostiene el casacionista que esa competencia se fijó con base en exposiciones de declarantes que no reunían las suficientes condiciones de conocimiento y percepción en relación con los hechos y sus circunstancias, lo que originó

un indebido examen de los mismos, careciendo por ende de fundamento el razonamiento que se tuvo para remitir las diligencias a la Fiscalía Regional de turno.

Al efecto cita el actor fragmentos de las declaraciones de los testigos que según el Fiscal Seccional permitían radicar la competencia en la Fiscalía Regional, deponentes que al unísono manifestaron haber visto portar a los presuntos homicidas armas de fuego y granadas en sus cinturas, amén del uniforme de policía que cada uno de ellos vestía -Hilda del Socorro Torres, José Rodrigo Torres Villegas, Luz Dary Agudelo Cano, Jaime Alberto González y María Senovia Mora Posada-. De la misma manera el Tribunal en su fallo al abordar el tema respecto al atentado a la seguridad pública por el porte de armas de uso privativo de la fuerza pública, concretamente granadas de fragmentación, cita los testimonios de Francisco Antonio Areiza Zapata y Luz Dary Agudelo Cano.

Empero, si se repara en las diversas atestaciones de Hilda del Socorro vertidas en sus diferentes apariciones procesales, claramente se verá que ella nunca manifestó haber visto en los presuntos acompañantes del procesado armas de alguna naturaleza y menos granadas de fragmentación, advierte el libelista, elemento bélico este último del que tampoco da cuenta José Rodrigo Torres Valencia, María Senovia Posada, Hernando Enrique Zapata, John Fredy Mazo Hernández, Gabriel Areiza, Javier e Ismenia Villegas Quiceno.

Y si bien es cierto Luz Dary Agudelo Cano en su primera versión suministró la información acerca del ilícito porte referenciado, no ocurrió lo propio en la segunda entrando así en contradicciones, pues por el número de personas que arribaron a su vivienda y por las exigencias que se le hacían, así como creyó que los extraños vestían de policía, también creyó haber visto en ellos las granadas a las que hace referencia en su primera intervención procesal. Critica a esta testigo porque omitió dar explicaciones acerca de su dicho, pues bien pudo ocurrir que lo que ella imaginó se trataba de granadas en la

cintura de quienes supuestamente las portaban, para otro testigo eran cinturones amarrados como los usados por la Policía.

“De los anteriores testimonios -destaca el demandante-, provenientes de personas que estuvieron en contacto directo con las personas que se ha dicho acompañaron al sindicato, se llega a una clara conclusión y es que no hubo prueba que efectivamente le diera la competencia a la Justicia Regional para la instrucción y el juzgamiento del procesado, no se estableció que efectivamente hubiesen portado las granadas las personas que llegaron a la casa de los asesinados, ello fue un parecer, una apreciación errónea del testimoniante que creyó haber visto ese tipo de armas en las personas a que se refiere en sus aseveraciones. Ese factor de competencia que derivó el señor Fiscal Seccional de algunas versiones, sin haber hecho el debido análisis de las mismas llevó a la nulidad, base de la demanda que se presenta(...)”

Frente a esos testimonios que hablan del porte de granadas se ha operado un falso juicio de identificación de dichos artefactos, en cuanto no fueron examinados con apego a lo expuesto por la Corte en pronunciamiento que cita y transcribe parcialmente, para concluir:

“Quiere significar lo anterior que se determinó la competencia con fundamento en testimonios que carecen de las condiciones de conocimiento y percepción sobre los hechos realmente conocidos, creyendo que la forma como se rendían los testimonios determinaban la verdad de quienes lo rendían, lo que hace que carezca de fundamento el razonamiento que se tuvo para el cambio de competencia.”

B. Nulidad por afectación del debido proceso.

Al amparo de la misma causal tercera plantea el libelista en forma subsidiaria la nulidad por violación al debido proceso, dada la ausencia de intervención del Fiscal durante el término de traslado para dictar sentencia, intervención que en su sentir es

obligatoria.

Con apoyo en el salvamento de voto que con fundamento en un pronunciamiento de la Corte en tal sentido hizo uno de los integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Nacional -cuya cita parcial realiza-, el censor considera que de acuerdo a lo normado en el Art. 128 del C. de P. Penal anterior la Fiscalía a través de su Delegado debe intervenir obligatoriamente como sujeto procesal en el término de citación para sentencia, presentando el respectivo alegato de conclusión, puesto que dentro del procedimiento especial que regía el juzgamiento de los procesos de conocimiento de la Justicia Regional, no se encontraba establecido que el Fiscal pudiera actuar discrecionalmente.

Su no comparecencia en los términos establecidos en la ley viola el debido proceso, como quiera que su actuación y presencia determina la forma propia del juicio en aras de desplegar su función de sostener los cargos contentivos de la resolución de acusación frente al debate de la defensa, para que el juez en la sentencia valore los resultados de la verdad procesal. Por consiguiente, la ausencia del Fiscal en esa etapa procesal determina la nulidad de la actuación, conforme a lo previsto en el Art. 308-2 del Estatuto Procesal Penal derogado.

Segundo cargo.

Subsidiariamente y al amparo de la causal primera, cuerpo primero, acusa el demandante la sentencia recurrida de haber violado de manera indirecta la ley sustancial al haber incurrido el juzgador en un falso juicio de existencia, "ya que imaginó la prueba al dar por cierto que los procesados portaban armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, concretamente granadas de fragmentación."

En el proceso tres personas han manifestado haber visto a los atacantes de la familia Patiño portar esa clase de adminículos, Luz Dary Agudelo Cano, Jaime Alberto González

Mazo y Francisco Areiza Zapata, sostiene el actor en la fundamentación del reproche, y la sentencia impugnada determinó que las versiones de los citados deponentes “demuestran categóricamente que los asaltantes y victimarios de la familia PATIÑO en la mañana del 7 de mayo de 1995, portaban granadas de fragmentación, arma que sirvió como elemento intimidatorio en contra de quienes resultaron fallecidos a manos de los compañeros del procesado AGUDELO TORRES y de allí que se produjera la comunicabilidad de circunstancias para que este hubiese sido sentenciado por el punible de porte ilegal de arma de uso privativo del ejército.”

Luego de transcribir fragmentos de lo que cada uno de los testigos en mención hicieron saber sobre el ilícito porte, de la mujer destaca sus “contradicciones clarísimas” entre su primera y segunda versión respecto del tipo de armas que poseían quienes entraron a su vivienda, pues si inicialmente aludió al porte de las granadas por parte de los extraños en la región, posteriormente omitió hacer referencia alguna sobre dicho tópico. Y, en relación con los otros dos testigos no empecé dar fe de la existencia de las pluricitadas granadas en poder de los presuntos homicidas, alega el casacionista que ellos no dieron razón de sus dichos ni tampoco el instructor los interrogó sobre el conocimiento de lo que era objeto de sus respectivos testimonios, por lo que bien cabe afirmar que “al no indicarse la razón del dicho éste no determina verdad y conocimiento pleno de lo que se declara (...)”

Por consiguiente, no puede haber certeza en un testimonio cuando quien lo rinde no da explicaciones de las circunstancias en que fundamenta su afirmación. En el presente asunto eso fue lo que ocurrió, y así se creyó que los mentados testigos habían visto ese tipo de armas en las cinturas de quienes hicieron aparición en el villorrio en la horas de la mañana de aquel 7 de mayo de 1995, pero como en el proceso también desfiló otro grupo de testigos que estuvieron en contacto directo con quienes presumiblemente cometieron el hecho e indicaron el tipo de armas que utilizaron -revólveres- aquellos testigos y el fallador “tomaron un falso juicio e imaginaron que efectivamente los testigos

si habían visto, apreciado y conocido lo que habían declarado”, cuando éstos quizás por las circunstancias del momento, o por haber visto que los foráneos usaban prendas de la policía, creyeron haber observado ese tipo de armas, pues comúnmente las cargan quienes utilizan esas vestiduras.

En consecuencia, solicita el demandante se case la sentencia decretando la nulidad invocada en relación con el primer cargo, y de prosperar el segundo, se dicte el de reemplazo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En relación con los reparos que por falta de competencia y violación al debido proceso aduce el demandante como motivos invalidantes de la actuación, de entrada advierte la agencia del Ministerio Público la falta de interés en el recurrente, habida cuenta que dentro del trámite procesal pertinente esas supuestas irregularidades no fueron alegadas, como tampoco tales aspectos fueron objeto de impugnación a través del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado.

De conformidad con las estipulaciones contenidas en el Art. 52 del Dto. 99 de 1991, adoptado como legislación permanente por su similar 2271 del mismo año, normatividad aplicable al caso, las nulidades que por causa de la respectiva actuación se presentaban en el juicio debían decidirse en la sentencia. No obstante, en el momento oportuno para hacerlas valer se guardó silencio, y mucho menos se invocó en la apelación del fallo del A-Quo, omisión que de acuerdo con el principio de identidad temática no legitima al censor para invocarlas ahora en sede de casación.

Pero, además, como uno de los aspectos cuestionados a partir de la valoración de la prueba testimonial es la tipificación de la conducta punible de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares, agrega la representante de la sociedad, “como que sólo en la medida en que se logre eliminar la existencia de tal punible para adecuar el

comportamiento en otro delito, se evidencia la falta de competencia”, un tal evento impone acudir a la causal tercera, como aquí se hizo, pues la solución implica invalidar lo actuado, sin embargo su desarrollo debe enfrentarse como corresponde hacerlo cuando se trata de la invocación de la causal primera, ya sea por violación directa o violación indirecta de la ley sustancial, demostrando en el primer caso si el yerro se debió a la indebida selección o aplicación de la ley, y en el segundo, identificando los medios de prueba y los vicios de apreciación de los que se derivó el error en la selección de la norma aplicada al individualizar la imputación, aspecto este omitido por el demandante en cuanto “no precisó qué clase de violación acusaba, ni mucho menos si se trataba de un error de derecho o de hecho y por supuesto sin determinar la modalidad de este”, lo que hace que el reproche sea incompleto, falencia que por virtud del principio de limitación no puede suplirse en sede de casación.

En cuanto a la pretextada violación del debido proceso por la no presentación por parte del Fiscal Regional de alegatos previos a la expedición del correspondiente fallo de primera instancia, ninguna razón le asiste al impugnante extraordinario para que igualmente invoque la nulidad, es el criterio de la Delegada, “por cuanto olvida que la especialidad creada por el legislador tanto en la parte sustantiva como procesal en la otrora denominada justicia regional, generó diferencias con el procedimiento ordinario, básicamente en lo que tenía que ver con la oralidad ya que el carácter teleológico de la misma fue proteger la identidad de los funcionarios encargados de su conocimiento para preservar su vida e integridad personal.”

Y no existiendo vacíos legislativos en la regulación que para ese trámite especial se adoptó en la justicia regional, en donde a diferencia del proceso ordinario legalmente se excluyó el debate público -Art. 5º del Dto. 2271/91, cuya declaratoria de exequibilidad hizo la Corte Constitucional mediante sentencia C-093 de febrero 27/93-, la nulidad reclamada mal puede fundarse en el símil que el actor intenta con lo previsto para el juicio ordinario, en el que sí se da un debate oral, y la oportunidad de practicar pruebas en

la vista pública.

Es en esta etapa del proceso ordinario donde resulta indispensable la presencia del Fiscal, mas no en el procedimiento especial aludido que no tiene la ritualidad de la audiencia pública, y en consecuencia la no actuación del Fiscal regional en la fase de citación para sentencia, no constituye desafuero procesal alguno.

Luego, amén de la carencia de interés en el actor para recurrir, los desaciertos de técnica en que incurre y la ausencia de razón en sus argumentos, impiden la prosperidad del cargo.

Respecto del falso juicio de existencia argüido como sustento de la segunda censura, conceptúa el Ministerio Público que en su formulación el demandante incurrió en “graves e insalvables defectos de carácter técnico que lo hacen inasible”, puesto que no sólo omitió citar las normas procesales por cuya inobservancia se violaron las de contenido sustancial, que tampoco precisa, sino que también dejó de indicar el sentido de la violación, la clase de error que acusa, y su trascendencia.

La confusión del casacionista en la formulación del cargo es palmaria, advierte la agencia del Ministerio Público, lo cual confirma el fracaso del reparo, pues lo que propiamente ataca es el dicho de los testigos pretendiendo restarles credibilidad por su incorrecta percepción de los hechos declarados, de donde deriva el falso juicio de existencia alegado. Lo que en verdad se evidencia es la pretensión del recurrente extraordinario en revivir un debate ya finiquitado, con la exposición de unos argumentos cual si se tratara de un alegato de instancia contraponiendo su propia valoración probatoria cifrada en conjeturas y suposiciones de lo que posiblemente ocurrió, a la realizada por el juzgador.

Una tal situación resulta ajena al juicio técnico requerido para atacar en casación la legalidad del fallo cuyo derrumbamiento se persigue, y totalmente extraña a la

modalidad de error denunciado en la medida en que la fuerza de convicción otorgada a un medio de prueba se sustenta en la sana crítica por no existir en nuestro medio la tarifa legal, amén de la fatal contradicción que entraña por sí sola la presentación del reproche, pues al paso que le atribuye al Tribunal haber incurrido en un falso juicio de existencia porque imaginó las pruebas de las cuales se dedujo reproche penal por el porte ilícito de artefactos de uso privativo de las fuerzas militares, sin embargo se detiene a identificar para criticarlas una a una las declaraciones que dan cuenta de aquel hecho.

En el mismo contexto de la demanda quedó desvirtuado el yerro alegado, concluye la Delegada, pues mal puede endilgarse la no estimación de un medio de prueba legalmente allegado, para luego admitir que sí fue examinado.

Dados los desaciertos técnicos en que incurre el demandante el cargo debe desestimarse, es el parecer de la Procuradora Delegada.

No casar la sentencia impugnada, es su final sugerencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

1.1. Aunque al amparo de la causal tercera de casación, dice el libelista proponer una sola censura que fundamenta en dos causales de nulidad, la Sala entiende que cada uno de ellos constituye un cargo independiente, no solo porque la presentación es autónoma, sino porque en cada reparo expone diversos fundamentos. Por modo que, por metodología, para su respuesta se respetará el orden escogido en la demanda, máxime cuando su prelación la estableció el demandante de acuerdo con la que apareja mayor cobertura

procesal.

1.2. Igualmente, y antes de iniciar el estudio de fondo de cada una de las nulidades propuestas, forzoso resulta precisar que en cada caso su formulación presenta los mismos desaciertos técnicos, en la medida en que el censor se limita únicamente a exponer situaciones genéricas del proceso sin que atine a demostrar la veracidad del cargo, reduciéndose el discurso a la formulación de especulaciones derivadas de una comprensión equivocada de las contingencias del proceso. Por ello, sus pretensiones terminan reduciéndose a meros planteamientos formales, sin fundamentación y por consiguiente ajenos a los principios que el Art. 308 del C.P.P. anterior -hoy 310-, tiene previstos para las nulidades.

1.3. De otro lado, ninguna razón le asiste al Ministerio Público en proclamar con fundamento en el principio de identidad temática, la ausencia de interés en el recurrente respecto de las nulidades invocadas en sede de casación, por no haber sido ventiladas durante el trámite procesal ordinario, ni con ocasión del recurso de apelación que se interpuso contra el fallo de primer grado.

En efecto, la Corte ha considerado reiteradamente que, de modo general, la no interposición y sustentación debidas del recurso de apelación respecto de la sentencia de primer grado, sería señal de conformidad del sujeto procesal con el contenido de la providencia, razón por la cual “carece de interés jurídico para recurrir” y no podría invocar a última hora un agravio supuestamente inferido por el fallo de segunda instancia, con el fin de legitimarse en casación, pues en razón del delimitado ámbito funcional y material del fallo de segundo grado, éste no tocaría la situación de quien no impugnó -Cfr. autos de agosto 9/95, septiembre 5/96, marzo 11/97, entre otros.-

Sin embargo, desde la primera decisión en la que se hizo la afirmación general de la carencia de interés para acudir en casación, si no se agotaba la apelación, la

jurisprudencia ha establecido salvedades acordes con la sistemática del ordenamiento jurídico y la coherencia de los valores involucrados en el mismo. Así, aunque no se haya interpuesto el recurso de apelación, el sujeto procesal podrá acudir en casación si aparece que arbitrariamente se le impidió el ejercicio del recurso de instancia; o cuando su situación de todas maneras resulta afectada por la decisión de segundo grado que se produce por la impugnación de otros o por obedecer a imprescindibles razones vinculantes; o también si se surte el grado jurisdiccional de la consulta, cualquiera sea el contenido gravoso del fallo; y, finalmente, cuando el sujeto procesal se proponga la nulidad por la vía extraordinaria, siempre que medie una demanda en forma. -Cfr. Sentencia de casación del 24 de febrero de 2000, Rdo. 10.809, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego-.

Pues bien, aclarado el interés jurídico para recurrir y en vista de que la demanda fue admitida, corresponde a la Sala realizar el pronunciamiento de fondo sobre las nulidades planteadas por el censor.

2. Nulidad por incompetencia.

En lo que respecta a la nulidad propuesta por incompetencia de la extinta Justicia Regional para haber proseguido con la instrucción y culminado el juzgamiento en el presente asunto, carece por completo de fundamento, puesto que el demandante se equivoca en el desarrollo de la censura al sostener que frente a los testimonios que refieren al porte de granadas por parte de quienes son acusados de haberle dado muerte a dos de los integrantes de la familia Patiño Mora, “se produjo un falso juicio de identificación de tales armas”, pretendiendo restarle mérito a las deducciones del Fiscal Seccional que al establecer la existencia de pruebas que fijaban la competencia en la mentada jurisdicción, remitió las diligencias para que allí se continuara con el trámite pertinente.

Ciertamente, no atina el casacionista a explicar por qué los funcionarios que se ocuparon

de la acusación y el juicio carecían de competencia para pronunciarse sobre el asunto, si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71-4 del Código de Procedimiento Penal, modificado para entonces por el 9º de la Ley 81 de 1.993, aplicable al caso, a los Jueces Regionales les correspondía conocer “(...) de los delitos a los que se refiere el decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal (...)”. Y, de acuerdo con lo normado en el Art. 8º, literal g) del Dto. 2535 del 17 de diciembre de 1993, son armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, “las cargas explosivas tales como (...) granadas de fragmentación (...)”, elementos cuyo porte se predica precisamente de los presuntos autores materiales de los homicidios investigados, y que el Art. 1º del Dto. 2266 de 1991 prohíbe.

De ahí que resulte inconsistente el argumento del casacionista, si se tiene en cuenta que sus propias afirmaciones terminan quitándole la razón, pues no empece aseverar luego de reproducir fragmentariamente el contenido testimonial de lo dicho por algunos declarantes, que “no hubo prueba que efectivamente le diera la competencia a la Justicia Regional para la instrucción y el juzgamiento del procesado, no se estableció que efectivamente hubiesen portado las granadas las personas que llegaron a la casa de los asesinados, ello fue un parecer, una apreciación errónea del testimoniante que creyó haber visto ese tipo de armas en las personas a las que se refiere en sus aseveraciones (...)”, sin embargo admite que Luz Dary Agudelo Cano y Jaime Alberto González Mazo testificaron acerca de la existencia de tales artefactos en posesión de los victimarios en cuestión.

Lo anterior, entonces, tiene su razón de ser en el propio ordenamiento procesal, pues en este asunto, la prueba recaudada y una vez sopesada, permitió al Fiscal Seccional vislumbrar su incompetencia por el porte de elementos de uso privativo de la fuerza pública, decidiendo como era lo procedente. Por eso procedió a enviar las diligencias al funcionario que consideró competente para proseguir la instrucción, un Fiscal Regional de Antioquia, quien arribó a la conclusión sobre la correcta adecuación típica de los delitos

investigados y, conforme a ello, amplió la indagatoria del procesado a efecto de interrogarlo por esa nueva imputación, cerró investigación y produjo la acusación, para que el juez regional conforme a ese pliego de cargos profiriera la correspondiente sentencia una vez culminado el juicio, la misma que, con modificaciones en el quantum deducido como sanción corporal, confirmara el Tribunal Nacional.

En síntesis, no precisa el actor la razón concreta de la violación, como no sea su protesta por el juzgamiento al que se sometió a su asistido por parte de la justicia regional, hecho este que desprovisto de irregularidades mal puede erigirse en causal de nulidad.

El desatino surge evidente por la forma como el actor plantea el cargo, como bien lo advirtió la agencia del Ministerio Público, pues en vista de que el sustento del reproche lo dirige a cuestionar, a partir de la estimación de la prueba testimonial realizada por el juzgador, el encuadramiento típico de la conducta punible endilgada al justiciable que fijaba la competencia en la justicia regional -porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública-, para detraerlo al simple porte de arma de fuego de defensa personal que de suyo hace variar la competencia a la justicia ordinaria, el demandante debió postular la censura al amparo de la causal tercera, como efectivamente lo hizo, por haberse incurrido en error en la denominación jurídica de los hechos, pero su desarrollo debió obedecer al que corresponde a la causal primera, fundamentado en la lógica de la violación indirecta de la ley sustancial, habida cuenta que el dislate en la calificación presumiblemente se debió a defectos en la apreciación de la prueba; mas como ningún yerro en esta labor se planteó y menos se demostró, como no fuera la simple discrepancia del actor con el valor que los funcionarios judiciales le dieron a los declarantes que pregonaron el porte de las granadas de fragmentación, ponderación probatoria que no puede constituir error demandable en casación, el cargo no prospera.

3. Nulidad por violación al debido proceso.

Esta supuesta irregularidad el censor la hace derivar de la no intervención del Fiscal Regional en su calidad de sujeto procesal dentro del término de traslado para proferir sentencia, intervención que el demandante estima obligatoria.

Como recientemente la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse sobre idéntica temática a la aquí planteada, para dar respuesta a este reparo basta con reproducir lo expuesto en sentencia de casación del 2 de mayo del año en curso, Rdo. Nº 16.169, con ponencia de quien aquí funge en similar calidad.

“El casacionista hace una transpolación, entendida apenas como coherente con la finalidad que persigue, de las exigencias que la ley estima esenciales al momento de llevar a cabo la audiencia pública, concretamente el requisito de asistencia obligatoria del fiscal a ese acto, a los presupuestos concebidos en el trámite de la extinguida jurisdicción regional como necesarios para dar paso a la emisión de la correspondiente sentencia.

“En efecto, por imputarse al sindicado la comisión del delito de (...), la competencia estaba asignada a los jueces regionales, de conformidad con el artículo 71-4 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el 9 de la Ley 81 de 1993, con el aditamento consistente en que comprendían los delitos conexos, al tenor del artículo 9, parágrafo, del Decreto Legislativo 2790 de 1990, modificado por el 1 del Decreto 99 de 1991, a su vez incorporado a la legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2271 de 1991.

“Al tener una vigencia paralela a la normatividad ordinaria, esas disposiciones con las que el legislador pretendía enfrentar fenómenos de criminalidad considerados como de extrema gravedad y de gran perturbación del orden social, tuvieron incidencia en los procesos a cargo de los fiscales y jueces regionales, entre otros aspectos, el desarrollo diferente del rito en fases puntuales como la falta de debate público.

“Así como lo dijera la Sala en pretérita ocasión, no hay lugar a discusión que un proceso en el que se prevea la realización pública del debate, reporta mayores garantías. Por eso,

la afectación a las mismas, por el hecho de que en ejercicio de su libertad de configuración legislativa el legislador ordinario o extraordinario suprima o regule de manera diversa los institutos procesales, debe mensurarse por la incidencia que en la efectividad de tales garantías reporte una política criminal de esa índole (sentencia del 18 de enero de 2001, radicación N° 14.190, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

“Aquí el recurrente se duele, en concreto, no de que para el procedimiento correspondiente a la imputación que se formuló al procesado el legislador no haya contemplado la audiencia pública, sino de que el fiscal no hubiese intervenido en la fase antecedente a la expedición de la sentencia de primera instancia, tesis con la que traslada la discusión ya no al terreno de las implicaciones materiales que a la integridad de las garantías demoliberales irroga la supresión de tan vital fase, sino al ámbito de una omisión meramente operativa que toca con el cumplimiento de las obligaciones procesales a cargo de las partes.

“En el plano del procedimiento ordinario, conforme a la ley procesal vigente para aquel entonces, Decreto 2700 de 1991, la tensión dialéctica entre acusación y defensa se consolidaba en el juicio, puesto que el funcionario encargado de formularla -fiscal- pasaba en condiciones de igualdad con la unidad de defensa -que se le oponía, obviamente-, a sustentar los cargos ante otro funcionario imparcial -juez-, quien los escuchaba en un acto denominado audiencia pública, rasgos que, entre otros, permitieron a no pocos teóricos sostener que el sistema procesal colombiano era acusatorio o, al menos, mixto con tendencia acusatoria.

“En los procesos de competencia de la justicia regional no tenía cabida la realización de la audiencia pública. Por este motivo, el legislador implementó mecanismos diferentes para dar paso a la sentencia. Debido a esa razón, en la etapa del juicio se agotaba primero la fase probatoria y, con posterioridad, se citaba para sentencia, de conformidad con el artículo 46 del mencionado Decreto 2790 de 1990, debiéndose correr traslado

común por el término de 8 días al acusado, su defensor, a la parte civil y a los terceros incidentales.

“La alusión que ese precepto hacía del fiscal, correspondía a la denominación que antaño tenían los agentes del Ministerio Público, de suerte que era a éstos a quienes se les corría ese traslado en su despacho, de conformidad con la misma norma.

“La disposición en cita preveía la consecuencia que causaba el que el defensor no aportara el alegato correspondiente: relevársele del cargo para designarse uno de oficio, al que se le daba traslado por el mismo término de 8 días. Por parte alguna se mencionaba al representante del órgano encargado de la acusación.

“Ahora, siendo que en virtud de la Constitución de 1991 las funciones de instrucción y juzgamiento quedaron asignadas a funcionarios diferentes, cabría preguntarse por las consecuencias que al proceso acarrearía que el fiscal acusador no presentase alegato con anterioridad a la sentencia, dentro de un proceso de competencia de los jueces regionales. ¿Acaso significaría que retiraba la acusación? ¿Esa omisión desquiciaba la estructura del proceso?

“Una respuesta afirmativa al primer interrogante no parece posible, pues, como se dijo, la acusación marcaba un derrotero a seguir, a la cual de manera necesaria debían ajustar su actividad todos los sujetos procesales, en la medida en que la ley no preveía mecanismos para ajustar sus términos en desarrollo del juicio; porque, además, con la ejecutoria de la resolución de acusación adquiría la calidad de sujeto procesal y perdía la dirección de la investigación y, en consecuencia, el control sobre el pliego de cargos que había formulado, notas comunes al proceso ordinario y al de competencia de los jueces regionales.

“Así las cosas, aunque preferible que lo hiciera, si en estas últimas actuaciones el fiscal no presentaba el alegato a su cargo, se originaba una irregularidad que no alcanzaba a

repercutir en el entramado del proceso, pues seguía con vigencia el referente de la resolución de acusación. (...) una omisión de esa naturaleza a nadie más puede comprometer desde el punto de vista disciplinario que al propio fiscal, por desatender los compromisos inherentes a su cargo.

“De otra parte, bueno es advertir que, de acuerdo con la sistemática propia de los principios que rigen las nulidades procesales y su convalidación, el recurrente no esbozó argumento alguno con el que explicara la manera cómo las garantías debidas al procesado se afectaron por la falla que mencionó, de manera que la censura deviene incompleta, por no satisfacer la exigencia prevista en el artículo 308-2 del Decreto 2700 de 1991 (310-2 de la Ley 600 de 2000).”

El cargo no prospera.

4. La violación indirecta.

El vicio que el libelista denunció como un falso juicio de existencia consiste en que el fallador imaginó la prueba en cuanto dio por cierto que los procesados portaban armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares -granadas de fragmentación, específicamente-. Este reproche está llamado a correr la misma suerte de los anteriores.

En efecto, cuando de fundamentar esta modalidad del error de hecho se trata, surge como obligación para el casacionista precisar cuál fue la prueba omitida o supuesta; de qué manera el juzgador plasmó una tal equivocación en la sentencia; y cómo otra muy diferente y favorable al procesado hubiera sido la decisión, si el error no se hubiera cometido.

De entrada el demandante plantea un falso juicio de existencia, y por lo que parece colegirse de su argumentación, diríase que el yerro denunciado apunta a establecer un

error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por suposición de pruebas, como quiera que el fallador “imaginó la prueba al dar por cierto que los procesados portaban armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, concretamente granadas de fragmentación.”

Pero, ocurre que a renglón seguido entra en fatal contradicción que torna el cargo ilógico, puesto que una vez hecha la referencia específica a esa suposición probatoria, resulta denunciando contradicciones, inconsistencias e incoherencias en las declaraciones de los testigos que dan fe de la tenencia de esos elementos bélicos de porte prohibido, por lo que en el desarrollo de la censura el reproche se traslada al grado de credibilidad que para el juzgador le mereció la prueba testimonial objeto de estimación.

Valga decir, a partir de la premisa que le imponía al actor la obligación de especificar los medios de convicción que se idearon no teniendo existencia material dentro del proceso, para luego demostrar que la sentencia no podía apoyarse en los otros elementos de juicio, resulta criticando el grado suasorio de tales elementos, por lo que la más desprevenida razón lleva a concluir que no puede haber falso juicio de existencia por suposición de esas pruebas, en la medida en que el mismo censor admite que obran dentro del proceso; y por la misma razón tampoco puede afirmarse que se excluyeron de valoración, cuando precisamente el motivo de reproche es que se les dio un alcance que el censor no comparte.

En suma, lo que queda claro con este reparo no es otra cosa que la simple discrepancia del censor con la forma como el juzgador apreció la prueba, olvidando que la sentencia impugnada llega a esta sede ungida por la doble presunción de acierto y legalidad, susceptible de ser desvirtuada sólo en la medida en que se demuestre que adolece de errores de hecho o de derecho verdaderamente trascendentes, nada de lo cual pudo demostrar la demanda.

No prospera la censura.

Finalmente debe advertirse que como las censuras no prosperan, la redosificación de la pena a que hubiera lugar conforme a lo establecido para el efecto en el nuevo Código Penal, será de competencia del Juez de Ejecución de Penas.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria