

Proceso No 16363

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 82 (18 de julio de 2002)

Bogotá, D.C., treinta de julio de dos mil dos

VISTOS

No habiéndose aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote, decide la mayoría de la Sala el recurso de casación interpuesto a nombre de CARLOS AUGUSTO OSORIO CORREA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 3 de junio de 1999, que confirmó la dictada por el Juzgado 2° Penal del Circuito de esa ciudad el 8 de marzo de la misma anualidad, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 25 años y 2 meses de prisión, como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Bien avanzada la noche del 15 de diciembre de 1996, Néstor Julio Valencia Tabares se hallaba departiendo con unos amigos en el grill “Manolete” situado en el barrio Villahermosa de Manizales. A ese lugar llegaron unos jóvenes conocidos con los remoquetes de “Viruta”, “El Richard” y “El Ratón”, el primero de los cuales le

quitó una cachucha a uno de los contertulios de Valencia Tabares, quien le reprochó el acto abusivo. “Viruta” le respondió que no se metiera y en tono amenazante también le dijo que más tarde regresarían, como en efecto sucedió. Para este instante, Néstor Julio estaba en la puerta del establecimiento y al advertir que aquéllos llegaban de nuevo, se guareció tras el mostrador, de donde lo sacó, encañonado, “El Richard”, hasta el centro del establecimiento, para proceder a dispararle en el cuello, causándole una herida que determinó su muerte; entre tanto, “Viruta” y “El ratón”, amenazaban con navajas y revólver a los acompañantes de la víctima.

Con base en el levantamiento del cadáver del occiso y en las subsiguientes diligencias preliminares, la Fiscalía 14 Delegada ordenó la apertura de instrucción el 17 de febrero de 1997.

CARLOS AUGUSTO OSORIO CORREA, “Viruta”, fue vinculado mediante indagatoria el siguiente 21 de febrero, resolviéndosele la situación jurídica con providencia del 25 del mismo mes, con la que se le impuso medida de detención como coautor del delito de homicidio agravado.

Luego de haber sido emplazado y declarado persona ausente, se produjo la captura de Ricardo Alberto Zapata Carmona “Richard” o “Tato”, quien fue escuchado en indagatoria el 31 de marzo de 1997. Con resolución del 3 de abril de esa anualidad, la fiscalía se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento. Debido a que testigos de los hechos afirmaron que aquél no correspondía al “Richard” que participó en los mismos, la fiscalía ordenó que se identificara cabalmente a la persona que respondía a este apodo, por lo que se pudo establecer que se trataba de José Richar Correa Giraldo, contra quien se libró orden de captura, siendo posteriormente emplazado. Carlos Augusto Ospina López fue vinculado mediante indagatoria el 19 de mayo de 1997.

La investigación fue cerrada parcialmente respecto de CARLOS AUGUSTO OSORIO CORREA, a quien la fiscalía acusó como coautor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego, según resolución datada el 13 de junio de 1997. Esta decisión fue confirmada el 11 de agosto de 1997 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, al desatar la apelación interpuesta por aquél.

Asumió el conocimiento del juicio el Juzgado 2° Penal del Circuito de Manizales, oficina que llevó a cabo audiencia pública el 30 de enero de 1998 y profirió sentencia condenatoria el 20 de marzo de esta anualidad. La defensa apeló esta decisión, recurso que no fue resuelto por el tribunal, pues al hallar que había unos vacíos probatorios sobre la sindicación que obraba contra CARLOS AUGUSTO OSORIO CORREA, debidos a negligencia en los comienzos de la investigación, mediante providencia del 30 de junio de 1988 decretó la nulidad de lo actuado desde el momento que se declaró la terminación de la vista pública, para que al reanudarse se practicaran las pruebas que estimó faltantes.

Una vez se cumplió lo dispuesto por el ad quem, porque se allegaron copias de la declaración de Fabián Zuluaga, rendida dentro del proceso que continuó contra José Richard Correa Giraldo, y sin que se pudiera lograr la comparecencia del testigo Juan Carlos, "Pacho", se practicó nuevamente la audiencia pública, para dictarse fallo de primer grado en los términos ya reseñados, la que recurrida por el defensor y el procesado, fue confirmada por el tribunal en la que es objeto de esta impugnación extraordinaria.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Apoyado en la causal tercera de casación, el censor acusa la sentencia de segundo grado de haberse proferido dentro de un juicio viciado de nulidad, en virtud de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, al tenor de lo señalado en el artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

Para el casacionista, el acto irregular se consolidó con el auto del 30 de junio de 1998 por medio del cual el tribunal declaró la nulidad de la actuación, so pretexto de salvaguardar el debido proceso, al declarar que se repusiera la actuación para que se allegaran pruebas de manera extemporánea, con lo que se alteró el rito de la audiencia pública, porque así las intervenciones de los sujetos procesales antecedieron a la práctica de algunas pruebas, circunstancia que obligó a “un segundo ciclo de intervenciones de los sujetos procesales”.

Esa determinación, agrega el censor, además de eludir los mandatos sobre la oportunidad de practicar pruebas, también le hizo el quite a la decisión que se imponía en ese momento, porque si la prueba allegada dentro de las fases correspondientes era deficiente, había que “declarar intangible la presunción de inocencia” para absolver a OSORIO CORREA. El tribunal quebrantó el debido proceso, al tratar de eliminar la vacilación que encontró al revisar la sentencia con la recaudación de las pruebas correspondientes.

De esa manera quebrantó el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal derogado, en cuanto prescribe que toda providencia debe fundarse en prueba regular y oportunamente allegada, precepto que impone un límite para la práctica de pruebas, de suerte que si se supera, éstas resultan tardías. Esa última frontera está prevista en el artículo 448, inciso 2° ibídem.

La ley regula con minuciosidad los actos que se desarrollan en la audiencia pública, así como el orden en el que hacen uso de la palabra los sujetos procesales, de conformidad con los artículos 449 y 451 de la misma codificación adjetiva. De tal manera que el último hito para practicar pruebas es hasta antes de que se conceda la palabra a las partes, después de lo cual no puede decretar pruebas, porque ya precluyó “el derecho judicial” de disponerlas.

Por tanto, las que se acopien con desconocimiento de esa regulación atinente a la audiencia pública, son contrarias al principio de oportunidad, quebrantan el debido proceso y, en consecuencia, son nulas de pleno derecho, que fue lo que desconoció el tribunal, haciendo más dramática la vulneración, porque como no podía anular la intervención de las partes, ordenó que lo hicieran nuevamente, propiciando que la fiscalía hablara después de la defensa.

Como la prueba que se allegó al proceso inoportunamente es nula, debe ser desatendida.

Solicita, con base en tales argumentos, que la Corte case la sentencia demandada y declare la nulidad de la actuación cumplida a partir de la providencia del tribunal que decretó la invalidez del proceso, para ordenarle que se pronuncie sobre el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 28 de marzo de 1998.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal (e), de entrada, luego de citar un pronunciamiento de la Sala alusivo al debido proceso, deja sentado que la postulación de quebranto a esta garantía contenida en la demanda, cumple con los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corporación, porque refleja que la decisión proferida por el tribunal ad quem el 30 de junio de 1998 la vulneró.

Entiende el Delegado que el fallador de segundo grado, al revisar la sentencia condenatoria, consideró insuficiente la prueba recaudada para definir con certeza “sobre la responsabilidad del inculcado”, argumento que sirvió de motivo, en lugar de dictar sentencia de segunda instancia, para decretar la nulidad de lo actuado desde la terminación de la audiencia pública, por considerar que había un daño al debido proceso.

Comparte el agente del Ministerio Público la tesis sugerida por el actor, según la cual

con esa maniobra se eludió proferir una sentencia absolutoria, porque las motivaciones de la providencia en cuestión no se amoldan a ninguna de las causales taxativas de nulidad, sino que corresponde a una inconformidad por una instrucción incompleta, en cuanto no aportó la certeza que exige el artículo 247 del Decreto 2700 de 1991 para proferir sentencia condenatoria.

Transcribe secciones de los razonamientos expuestos por el ad quem para tomar la decisión que se reputa irregular, a partir de los cuales sostiene el Procurador que el juez corporativo concibe de manera diversa la declaración de nulidad con base en quebranto al debido proceso, idea equivocada con la cual sí se violan las formas propias del juicio, por cuanto crea un motivo de nulidad con base en criterios de valoración probatoria, no contemplado en la ley procesal vigente en ese momento, como si el objeto de ese remedio extremo fuera el de llegar a la verdad real, en lugar de preservar la estructura del proceso y los derechos fundamentales de sus intervinientes.

Por eso, estima que la cuestionada determinación del tribunal, prolongó de manera indebida el período para practicar pruebas, con la simple base de que las allegadas hasta ese momento no eran suficientes para proferir condena.

Acota que los pronunciamientos de la Corte en los que ha decretado nulidad por omisión en la práctica de pruebas, han respondido a afectaciones del derecho a la defensa y al debido proceso, a fin de garantizar el principio de investigación integral, así como para que se puedan controvertir oportunamente, pero no para extender de modo indebido etapas y tiempos superados, ni con el propósito de ampliar espacios probatorios a fin de eliminar la duda irresoluta.

Opina el Procurador Delegado que si el tribunal extrañaba, al momento de resolver la apelación, la prueba suficiente para confirmar la condena emitida por el juez de primer grado, no podía trasladar esa dificultad en perjuicio del procesado, pues ante tal evento,

de conformidad con el artículo 445 del derogado estatuto procesal, la duda debe resolverse a favor del sindicado.

Añade que si se reflexiona sobre los “organizados” argumentos del a quo plasmados en el fallo de primera instancia del 20 de marzo de 1998, para mantenerse la decisión condenatoria, no puede convalidarse la equivocación del tribunal.

Hace referencia a un pronunciamiento de la Corte Constitucional, tocante con la prohibición de reforma peyorativa y las posibilidades de corrección de errores por parte del fallador de segundo grado (SU-1722 de 2000), para sostener que jurídicamente no se puede apoyar la “destrucción” de lo actuado, con base en negligencia del sistema judicial en aportar, a ojos vista del ad quem, suficientes elementos probatorios, porque esa desidia no puede afectar la verdad en la sentencia, ni la condición del justiciable.

Sin que esté tomando partido en el análisis de las pruebas, el Procurador Delegado afirma que no hay claridad en el argumento del ad quem, pues las pruebas que se allegaron con posterioridad a la declaratoria de nulidad, “no aportan el grado de certeza que pone de presente el fallador como impedimento para decidir con sentencia”.

El perjuicio que se ocasionó con la irregularidad al procesado es evidente, porque debió ser absuelto, de acuerdo con las razones de la determinación conocida, al aplicarse el principio de presunción de inocencia, deficiencia a la que se adhiere otra violación a las formas propias del juicio, por crearse una fase adicional para recaudar pruebas como producto de esa indebida declaración de nulidad, tomada cuando no era manifiesta ninguna causal.

Admitir ese procedimiento, equivaldría a desnaturalizar el instituto de las nulidades como remedio extremo a yerros que quebranten la estructura del proceso o las garantías, para convertirse en mecanismo propenso a lograr la verdad real o histórica, por encima de la

procesal, legalmente declarada en la sentencia.

Darle un entendimiento al debido proceso, como lo concibe el ad quem, la seguridad jurídica que dimana de la taxatividad de las causales de nulidad, así como del carácter preclusivo de las instancias, resultan burladas, junto con vitales principios como los de presunción de inocencia, favor rei, in dubio pro reo y carga de la prueba.

Para el Delegado, la otra irregularidad denunciada no tiene ninguna trascendencia, porque al abrirse paso a una nueva intervención de las partes como consecuencia de la práctica de otras pruebas, se habría dado la oportunidad de ejercer el derecho a la contradicción.

Acota, de otra parte, que la sentencia de esta Sala invocada por el ad quem para fundamentar la declaratoria de nulidad, no tiene el sentido que se le asigna en tal decisión, porque la jurisprudencia, al contrario, tiene decantado que ese remedio se justifica frente a la inobservancia de las formas propias del juicio.

Solicita, por lo anterior, se case la sentencia demandada y se declare la nulidad de lo actuado desde el auto del 30 de junio de 1998.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El reproche sustentado por el casacionista en la violación del debido proceso, por configurarse una irregularidad sustancial que lo afectó, no está llamado a prosperar porque la demanda no satisface a plenitud las exigencias argumentativas que hagan evidente la afectación trascendente en la estructura del proceso o en las garantías debidas al procesado.

Un ataque como el ensayado por el censor, el desconocimiento al debido proceso, debe apoyarse en cuatro pilares esenciales: a) la identificación del acto irregular; b) la

concreción de la manera como éste afectó la integridad de la actuación o conculcó las garantías procesales; c) la explicación de por qué es irreparable el daño, y, d) el señalamiento del momento a partir del cual se debe reponer la actuación.

También es necesario que se tengan en cuenta los principios que rigen la declaratoria de nulidades y su convalidación, señalados en el artículo 308 del Decreto 2700 de 1991, bajo cuyo imperio se tramitó el proceso, que ahora se encuentran enumerados en el 310 de la Ley 600 de 2000, como los de concreción, trascendencia, protección, taxatividad y residualidad.

Sin mucho avanzar en su lectura, se advierte con suma facilidad que el libelo es deficitario en la adecuada sustentación del cargo. Por lo que tiene que ver con la indicación del evento generante del supuesto vicio, apenas si hace mención al auto del 30 de junio de 1998 por medio del cual el tribunal decretó la nulidad de la actuación, para que se procediera al recaudo de unas pruebas, en lugar de resolver la impugnación interpuesta contra la sentencia condenatoria.

Este ejercicio es totalmente superfluo, habida cuenta que de la muy somera enunciación del acto, pasa a sentar conclusiones generales, sin adentrarse el actor en la tarea de demostrar cómo aquél produjo fisura irreparable en la armazón procesal, ni la manera en que las garantías del inculpado resultaron afectadas.

Además, la confusa presentación de la inconsistencia procesal no permite entender cuál el motivo del que se duele, dado que se refiere a la mencionada providencia del 30 de junio de 1998, a la declaratoria de nulidad en ella contenida, al ordenamiento de pruebas, a la alteración de las fases en las que se debe desarrollar la audiencia pública y al trastrocamiento de las intervenciones de los sujetos procesales.

En potencia, cada uno de esos defectos podría irrogar nefastas consecuencias a la validez de la actuación o a la integridad de las garantías. Si así lo consideraba, era una

ineludible carga del censor, como primera medida, desarrollarlos de manera separada, subordinando el orden de presentación de acuerdo con la necesidad de retrotraer las diligencias en mayor o menor medida, según los efectos invalidantes. Así mismo, tenía que precisar la naturaleza del quebranto, si de trámite o de garantía, lo mismo que su incidencia.

¿Por qué no era indispensable la nulidad ordenada por el tribunal? ¿Con base en qué razonamiento de los expuestos por el ad quem en tal providencia, puede afirmar el censor que el tribunal quiso eludir un fallo absolutorio? ¿Cuál es la circunstancia que lo lleva a predicar que las pruebas obtenidas por causa de ese pronunciamiento fueron ilegales? Estos son interrogantes que ni se plantea, ni desarrolla el casacionista, a los cuales tampoco puede dar respuesta la Corte, pues el principio de limitación que gobierna este extraordinario medio de impugnación, prohíbe complementar o corregir las deficiencias argumentales de las demandas.

Precisamente eso es lo que hace el Delegado, quien al rendir concepto y excediendo el alcance posible de los exactos términos del libelo, llega a adicionarlo, para darle un contenido argumental que pudo o no pudo ser objeto de las íntimas ideaciones o de los subjetivos pensamientos del actor, pero que éste en ningún momento dejó conocer, como cuando hace referencia a la vulneración de la garantía de prohibición de reforma peyorativa, punto que ni siquiera fue insinuado por el casacionista y que por supuesto no será considerado por la Sala, en virtud de la razón que se acaba de exponer.

Esa acción del agente del Ministerio Público da pie para reiterar que la posibilidad de su intervención en esta sede, reconocida por la ley, no lo faculta para opinar al desgaire sobre todos los fenómenos que se puedan particularizar, bien respecto de la sentencia, ora del proceso, pues al igual que el demandante, los demás intervinientes no recurrentes y la Corte, debe guiarse tanto por los principios orientadores de la casación, como del contenido de la demanda que propicia el recurso.

En tal medida, deviene excesivo de ese concreto ámbito de actuación, que apoyado en la simple indicación de un acto señalado como irregular, el Procurador Delegado supla al censor en las exigencias demostrativas, como aquí ocurrió.

Al margen de las deficiencias de la demanda y de la extralimitación del concepto del Ministerio Público, debe la Corte señalar que la actuación que se tilda de irregular no reportó daño ni a la estructura del proceso, ni a las garantías del procesado.

Desde luego, la decisión adoptada por el tribunal el 30 de junio de 1998 fue irregular, en la medida que la simple deficiencia probatoria no está consagrada como motivo enervante de la actuación procesal, salvo que aparezca de bulto un arbitrario cercenamiento de la investigación integral, entendida como la obligación de los funcionarios de constatar, con igual celo, lo que favorece y desfavorece al procesado, así como de verificar las citas exculpativas por éste manifestadas.

Esa no fue la perspectiva que tuvo al frente el tribunal, porque lo que suscitó su atención fue estimar que la investigación no estaba completa, pues no se recaudó la prueba que estableciera fehacientemente si CARLOS AUGUSTO OSORIO CORREA era o no la misma persona conocida con el alias de "Viruta" y que tomó parte en el homicidio.

De la siguiente manera discurrió la corporación de segunda instancia:

"Con el interrogatorio de estas dos personas quizá ahora se supiera con seguridad si el señor Carlos Augusto Osorio Correa fue el individuo conocido como 'Viruta' que intervino en la ejecución del homicidio y con ello si el señor Reinaldo Cifuentes mintió por temor, como sugiere la señora Juez a quo, al dar en la audiencia la respuesta citada exonerándolo de responsabilidad.

...

Cierto es, cómo no, que la duda favorece al procesado, pero en forma provisoria, mientras se elimina si ha sido creada por la mala fe o por la negligencia de los investigadores. Porque todo puede ser. Alguien será capaz de crear artificialmente dudas manipulando el material u omitiendo a propósito la práctica de pruebas, guardando las apariencias. Alguien producirá el mismo efecto por inadvertencia u omisión. En ambos casos, si subsiste la posibilidad de eliminar la vacilación recaudando las pruebas correspondientes y fijando así la responsabilidad o la inocencia del procesado, es obligatorio intentarlo adoptando las medidas pertinentes al interior de la actuación, aunque sea in extremis como en el caso de autos”.

Queda claro, pues, que de manera equivocada el ad quem decretó la nulidad de la actuación, al plantearse que la actividad investigativa no fue suficiente.

Pero lo que verdaderamente importa es determinar si con tan desquiciada postura sufrió mengua intolerable el debido proceso. El demandante insinúa, con el indebido complemento argumental del Delegado, que la cuestionada decisión quiso eludir la absolución del procesado, para no resolverse en su favor la duda que supuestamente allí se encontró.

En el precedente extracto aparece con total nitidez que el juez colegiado no se planteó por parte alguna si irremediablemente la duda campeaba en el proceso, sino que la investigación no estaba completa, de modo que, de manera equivocada, abrió las compuertas a un procedimiento extraño, sin sostén legal o jurisprudencial. Las referencias al estado de duda fueron de raigambre teórica, para exponer una insólita concepción de la forma de eliminarla, pero no porque la estuviera encontrando o declarando de forma expresa en su desatinado pronunciamiento.

Ahora cabe preguntarse el sentido, alcance y efecto de anular la errada decisión. Planteado el interrogante en términos de trascendencia, ¿para qué se habría de invalidar el auto del

30 de junio de 1998 proferido por el tribunal, si como se admite en la sentencia recurrida, los elementos probatorios incorporados antes de que se abriera esa errada fase, podían ilustrar con suficiencia sobre la identidad y grado de responsabilidad de OSORIO CORREA?

En los siguientes segmentos del fallo atacado, sobre el punto se exponen estos razonamientos:

“Al rendir indagatoria el señor Osorio manifestó que lo apodaban ‘Viruta’, mientras las señoras Ana Ruth Correa y Luz Nidia osorio (sic) referían que el padre de aquel (sic) moraba en el barrio Comuneros. Debe señalarse que, según el señor Luis Reinaldo Cifuentes, los sujetos mencionados por él viven en Comuneros (f. 27 v).

En todo caso, con estos pormenores fue tomando alguna consistencia la vinculación de Osorio con el personaje designado como ‘Viruta’ en los relatos iniciales.

El Teniente Henry Arturo Celis hizo averiguaciones en el bar y varias personas que -con grave omisión de sus deberes- no identificó, señalaron como homicida a ‘Viruta’ o a ‘Richar’, no recuerda exactamente a quién (fl. 116 v). De modo, pues, que las referencias, de muy diverso origen, coincidían en este punto.

Faltaba, sin embargo, la prueba que desvinculara al señor Osorio del hecho o que, por el contrario, permitiera cerrar el círculo relativo a su identificación plena como autor o cómplice.

Cuando estaba así la situación probatoria compareció a la Fiscalía el señor Carlos Alberto Carvajal, quien escuchó ‘los tiros’ al abandonar el orinal del establecimiento y vio que ‘salieron corriendo’ ‘Viruta’ y ‘Richar’ (fl. 149 v).

El testigo reconoció al señor Carlos Augusto Osorio Correa como la persona que en su

narración había designado con el remoquete de 'Viruta' (fl. 238 v).

Es bueno destacar, porque el hecho adquirió después singular importancia, que, según constancia de la señora Jueza: 'Al momento de la diligencia de reconocimiento, el testigo Carvajal mostró un estado de nerviosismo bastante exagerado' (ib).

En materia de identificación, entonces, quedó así fijado el último eslabón probatorio que condujo al inequívoco señalamiento del señor Osorio Correa como partícipe en la consumación del homicidio, más allá de la simple referencia sin apoyo conocido del informe suscrito por miembros del CTI.

Con todo, las últimas intervenciones del señor Luis Reinaldo Cifuentes crearon dudas sobre las razones que lo habían inducido a atenuar el sentido de los actos ejecutados por el individuo apodado 'Viruta' y a negar que el señor Osorio era la persona conocida con tal mote que había estado presente en el bar.

Es posible que con el material restante bastara para dictar condena contra el señor Osorio o que, por el contrario, se impusiera un fallo absolutorio, pero la verdad es que resultaba necesario establecer, hasta donde lo permitieran las circunstancias, cuál de las declaraciones rendidas por el señor Cifuentes merecía mayor credibilidad".

Dado el hipotético caso de que se extrajera de la vida jurídico - procesal la errada decisión y la actividad probatoria que se surtió como consecuencia de ella, si las pruebas adosadas en tal oportunidad ninguna trascendencia tenían porque el proceso contaba con los elementos de convicción necesarios "para dictar condena contra el señor Osorio o que, por el contrario, se impusiera un fallo absolutorio", no hay razón válida que justifique reponer lo irregularmente actuado -tanto más si se considera que ya se planteó un problema de valoración sobre el caudal probatorio preexistente a la declaratoria de nulidad, mas no de falta de prueba-, porque se retrocedería el proceso al momento de

dictar sentencia de segundo grado, con base en un conjunto probatorio que no fue modificado por el dislate actuarial que nos ocupa.

Una decisión de este jaez, dilataría de modo innecesario la actuación, en detrimento del mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia (artículo 228 de la Carta), porque se introduce un factor que privilegia la forma sobre el derecho sustancial. El principio de instrumentalidad que rige a las nulidades, enseña que han de ser estimados los beneficios, desde el punto de vista teleológico, de la declaratoria de invalidez de un acto que a pesar de su irregularidad, cumplió la finalidad para la que estaba destinado.

En este caso, si bien se propició irregularmente la reapertura de un debate debidamente agotado, así como la práctica de pruebas por fuera de su oportunidad legal, fue respetada la garantía de controversia debida a todos los sujetos procesales, quienes complementaron en la nueva audiencia las exposiciones vertidas en la primera; además, la doble instancia quedó materializada, por cuanto al proferirse fallo de primer grado, las partes quedaron habilitadas para postular recursos de acuerdo con su particular conveniencia, como en efecto ocurrió. De otra manera expresado, dado el carácter residual de las nulidades y siendo evidente que ninguna trascendencia tuvo el recaudo de las pruebas en ese nuevo espacio, en la medida que no obstante la falencia, las garantías permanecieron incólumes, no aparece necesidad evidente de reparar agravio alguno.

Decretar la nulidad para repetir lo que ya se cumplió en dos ocasiones, implica en este caso ir en contra de la seguridad jurídica, puesto que la decisión irregular que nos ocupa, al declarar de manera expresa la invalidez de la actuación, tuvo el efecto, como se acaba de decir, de repetir unas fases que ya se habían realizado sin manifiestos tropiezos.

De otra parte, también debe agregarse que la defensa convalidó en su momento la irregularidad, pues si estaba tan cierta de que el tribunal con la equivocada declaración

de nulidad prejuzgó de alguna manera, tenía la posibilidad de recusar a los miembros de la sala de decisión correspondiente, con base en la causal prevista en el artículo 103-4 del Código de Procedimiento Penal que se hallaba vigente por ese entonces, en armonía con el artículo 108 ibídem (99-4 y 105 de la Ley 600 de 2000), pero su silencio delata que algún fruto favorable pensaba recoger de la errada actuación, como lo hace al cerrar su intervención en la audiencia pública, momento en el que lejos de expresar inconformidad por la conocida irregularidad, demandó un fallo absolutorio con base en la desatinada decisión del tribunal.

Del mismo modo observa la Corte que si las pruebas obtenidas en el trámite viciado son ilegales, como lo estimó la demanda, la fórmula para atacar su apreciación está contemplada en causal de casación diferente, pues una inconsistencia de esa índole determina error de hecho generado por un falso juicio de legalidad (artículo 220-1, cuerpo 2°, Decreto 2700 de 1991), de modo que era por esta vía y no por la de la nulidad que se podía denunciar la sentencia de segunda instancia.

En lo que sí tiene razón el Delegado es en que al llevarse a cabo la segunda audiencia ninguna afectación al debido proceso se concretó, porque su obvia repercusión fue la de remover el carácter preclusivo de la primera audiencia, para que se prosiguiera en otro acto, en el cual hubo exposiciones de los sujetos procesales, complementarias de las que ya habían planteado, con total libertad para disertar sobre las pruebas y las demás particularidades del proceso.

Ante la evidente parquedad argumentativa del libelo, el cargo no prospera.

Por último, si bien el Juzgado 2° Penal del Circuito de Manizales, con providencia del 6 de marzo que pasó en aplicación del principio de favorabilidad redosificó la pena impuesta a OSORIO CORREA, en vista que la condena no se hallaba en firme, esa determinación tiene el carácter de provisional. En esta medida, sería competencia del Juez

de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad adoptar las providencias del caso, de conformidad con la facultad que le otorga el artículo 79-7 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia de fecha, naturaleza y origen mencionados en la parte motiva de esta decisión.

Cópiese, comuníquese, cúmplase y devuélvase

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA
TRUJILLO

Salvamento de voto

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria