

Proceso No 16435

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N°: 149

Bogotá D.C., veintiuno de noviembre de dos mil dos.

VISTOS

Decide la Corte la casación propuesta por el defensor de OVIDIO ANTONIO ARIAS VINASCO contra el fallo de segundo grado del 8 de junio de 1999, por cuyo medio el Tribunal Superior de Neiva, Huila, confirmó integralmente el que en primera instancia profiriera el Juzgado Penal del Circuito de La Plata, condenando al procesado a la pena privativa de la libertad de 20 años y 2 meses de prisión como responsable de tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, en concurso. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

María Doly Marín Hernández denunció ante el CTI de la Unidad Local de la Plata Huila, cómo su hermano, Luis Armilo, fue abordado en la vía que conduce a la vereda La Guinea en las horas de la madrugada del 17 de noviembre de 1996, después de abandonar el festejo mediante el cual se celebraba la inauguración del puesto de salud del lugar, por OVIDIO ANTONIO ARIAS VINASCO y su hijo Flower Arias Cardona, quienes en posesión de armas de fuego lo acometieron causándole heridas en el rostro y en la espalda, versión que fue confirmada por el propio afectado al escucharse su declaración instructiva luego

de lograr recuperarse de sus lesionamientos en el hospital de Neiva, adonde hubo de trasladársele en busca de asistencia médica.

Iniciada la correspondiente investigación por la Fiscalía 6ª Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de La Plata, vinculó mediante indagatoria a los encartados y les resolvió su situación jurídica imponiéndoles medida de detención preventiva con excarcelación a Flower por el delito de lesiones personales, en tanto se abstuvo de hacerlo respecto de su progenitor. Evidenciada la utilización de armas de fuego en el atentado, por competencia se remitieron las diligencias a la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de La Plata, despacho ante el cual Flower Arias Cardona solicitó sentencia anticipada, la cual se abstuvo de dictar el entonces Juzgado 1º Penal del Circuito de La Plata luego de la celebración de la audiencia de formulación y aceptación de cargos pertinente, y en su lugar declaró la nulidad de la actuación, decisión que el Tribunal Superior de Neiva avaló.

Nuevamente a cargo de la investigación, la Fiscalía Seccional con mejor criterio ante el recaudo de prueba en mayor cantidad y calidad, varió la adecuación típica de las conductas punibles y sometió a los acriminados a medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la libertad provisional, como presuntos coautores del concurso de conductas punibles de homicidio agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego para la defensa personal, en concurso. Fenecido el ciclo instructivo, el funcionario instructor calificó el sumario el 7 de mayo de 1998, resolución por cuyo medio acusó a los procesados por los delitos atrás relacionados.

Habiéndole correspondido conocer del juicio al Juzgado 1º Penal del Circuito de La Plata, atendió la solicitud de sentencia anticipada formulada por los reos, Flower se acogió a los cargos, en tanto que su padre OVIDIO los rechazó, produciéndose de esta manera el rompimiento de la unidad procesal. Celebrada la vista pública respecto del último, por fallo del 18 de marzo de 1999 el juez de la causa le puso fin a la instancia

profiriendo la condena de la que se hiciera mérito en el acápite inicial de este proveído, a la cual el Tribunal le impartió integral confirmación al desatar la apelación interpuesta contra la misma, mediante el fallo hoy recurrido en sede extraordinaria.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera, un único cargo formula el censor por haberse proferido sentencia en juicio viciado de nulidad en cuanto que la resolución de acusación no fijó el alcance de las pruebas en las cuales se funda la circunstancia específica de la agravación punitiva deducida en el pliego de cargos, irregularidad sustancial que conforme a lo normado en el Art. 304-2 y 3 del C. de P. Penal anterior (306-2 y 3 del actual), vulnera el debido proceso y el derecho de defensa.

En el desarrollo del cargo sostiene el actor que entre los requisitos esenciales que el Art. 442 ibidem establece para la resolución de acusación -como igualmente hoy lo demanda el Art. 398 de la ley 600 de 2000- se exige la indicación de las pruebas y su evaluación, lo cual incide, necesariamente, en el sustento de la calificación jurídica.

En el asunto a examen, le formuló al procesado el cargo de homicidio con la circunstancia de agravación punitiva descrita en el ordinal 7º del Art. 324 del C. Penal derogado, agravante que dice relación con la colocación de la víctima en condiciones de indefensión o de inferioridad, o el aprovechamiento de una tal situación.

Como en el evento sub judice no se precisó bajo cuál de esas modalidades actuó el procesado, amén de que se violó el debido proceso, igualmente se le puso trabas a la defensa en la medida en que no hubo una específica imputación, desconociendo el justiciable de qué tenía que defenderse. Si la agravante se concreta en el aprovechamiento de una cualquiera de aquellas situaciones, como el dolo no se presume, tendrá que indicarse la prueba con fundamento en la cual la Fiscalía determine no sólo el aspecto objetivo -indefensión o inferioridad-, sino también el subjetivo, es decir, el propósito

de aprovechamiento. Ningún esfuerzo en la evaluación probatoria para deducir dicha agravante, hizo la Fiscalía, cuyos apartes pertinentes de la providencia cita el casacionista.

De ahí que al proferirse sentencia, el juez de la causa cayó en el vacío jurídico-probatorio al aludir a la agravante específica en cuestión, contentándose con decir que los razonamientos del ente acusador sobre el punto no ameritaba un mayor análisis en cuanto que los procesados, se dice en la sentencia de primer grado, “aprovecharon la situación de indefensión en que se encontraba Luis Armilo, quien nunca creyó que fuera a ser atacado en forma alevé y sorpresiva.”

Por modo que ese análisis nunca existió, reitera, y en la segunda instancia ninguna alusión sobre el punto se hizo. Por tal razón, dicha omisión incidió desfavorablemente en la labor de la defensa en la vista pública, aspecto este que demarca la trascendencia del vicio argüido, puesto que la defensa no pudo concretar su actividad con la mira de rebatir el cargo en cuanto le hubiera sido posible. De esta manera, a través de la violación del rito procesal, se menoscabó el derecho de defensa.

Que se case la sentencia recurrida y en su lugar se decrete la nulidad a partir de la resolución de acusación, o que se adopte la decisión que la Corte estime ajustada a derecho, es la final aspiración del censor.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dice el Procurador Segundo para la Casación Penal coincidir con el demandante cuando señala que de la previsión normativa contenida en el Art. 30-7 de la Ley 40 de 1993, surgen hipótesis distintas relacionadas con un mismo género como es la circunstancia de indefensión o inferioridad, las cuales pueden ser creadas por el sujeto agente de la conducta punible, o aprovechadas por éste, hipótesis esta última que implica no haberlas propiciado.

Ahora, entre los requisitos formales de la resolución de acusación, advierte, el Art. 442 del C. de P. Penal establece, entre otros, “la narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen”, y dentro de ésta resulta incuestionable que la inferioridad o indefensión constituye circunstancia de modo que califica el delito de homicidio, lo cual se traduce en la intensificación de la punibilidad prevista para el tipo básico.

De ahí que la imputación de la mentada circunstancia de agravación punitiva deba estar claramente relacionada en la resolución de acusación, desde el punto de vista fáctico y jurídico.

En el asunto a examen, el Fiscal dio credibilidad al relato que de los hechos y sus circunstancias hicieron bajo juramento el sujeto pasivo de la ilicitud y el testigo Juan Antonio Tamayo, aduce el agente del Ministerio Público. El primero narró cómo fue abordado en el camino por donde transitaba y atacado por los sindicados con armas de fuego, situación que fue plasmada en la resolución de acusación haciéndose alusión a que la acometida se produjo en las horas de la madrugada de la fecha de los acontecimientos, en paraje solitario y enmalezado.

Luego, el aspecto fáctico de la circunstancia de agravación dicha quedó tan específicamente delimitada en el pliego de cargos, que no da lugar a predicar respecto de la misma dilogías o anfibologías de alguna naturaleza. Por lo tanto, no existen elementos de juicio que permitan pensar que esa situación de indefensión fue creada por los acusados, sino que, por el contrario, del contexto de la providencia misma se infiere que esa circunstancia fue aprovechada por los agresores. Así lo entendieron el Fiscal, los juzgadores y, obviamente, los procesados, por lo que no existen fundamentos para una lectura diferente a la plasmada en la acusación, como ahora lo pretende el recurrente.

No caben dudas, entonces, que el victimario aprovechó su posición privilegiada respecto de su víctima, pues ésta transitaba desprotegida por una vía desocupada y a

muy tempranas horas del día de los sucesos, situación objetiva que agrava la conducta desplegada por los atacantes en el entendido de que las posibilidades de defensa del agredido se hallaban disminuidas, dado el sorpresivo asalto del que se le hizo víctima con armas de fuego. Así las cosas, tanto el aspecto fáctico como el jurídico de la delincuencia quedaron expresamente reseñados en la parte motiva y en la resolutive de la resolución de acusación.

En cuanto al aspecto subjetivo de la ilicitud, reparo que igualmente formula el censor por la supuesta omisión en ser considerado en la acusación, si la tentativa de homicidio es esencialmente dolosa, con más veras lo es la agravante imputada, precisiones que resultan evidentes en las deducciones hechas por los falladores en las instancias ordinarias. De esta manera las glosas formuladas sobre el punto por el actor, devienen infundadas.

Así las cosas, el debido proceso no se vio comprometido por la falta de discusión probatoria pretextada por el censor en relación con la circunstancia de agravación punitiva deducida en el procesatorio, razón por la cual el cargo debe ser desestimado.

Y respecto a la violación al derecho de defensa, reproche que también formula el demandante contra la sentencia recurrida, como la táctica defensiva adoptada desde la alegación precalificatoria fue la de negar reiterativamente haber tenido intervención alguna en la realización de la conducta punible, resulta claro que una tal estrategia no le permitió a la defensa referirse a la circunstancia agravante deducida al procesado en el pliego de cargos, cuya discusión apenas viene ahora a plantearse en sede del recurso extraordinario. Si el acusado negó cualquier participación en el hecho, mal puede el defensor ocuparse de circunstancia agravante alguna, específica o genérica, de la conducta; o dicho de otra manera, insiste el agente del Ministerio Público, si el procesado sostuvo no haber estado en el teatro de los acontecimientos, mal podía aceptar ser autor de un homicidio simple, situación esta que de suyo excluye cualquier consideración sobre

el tipo subordinado.

No puede alegar el actor desconocimiento de la magnitud del cargo, si con ocasión de la terminación anticipada del proceso que solicitó -que en últimas resultó fallida al no aceptar los cargos que se le formularon-, al acusado ampliamente se le instruyó sobre los alcances de la imputación que por homicidio agravado imperfecto y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal sobre él se cernía, aduce finalmente el Procurador Delegado pidiendo la desestimación de la censura.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El sustento de la nulidad que al amparo de la causal tercera invoca el casacionista en razón de este asunto, se hace consistir en que en la resolución de acusación no se fijó el alcance de las pruebas con fundamento en las cuales se dedujo la circunstancia específica de agravación punitiva de la indefensión o inferioridad establecida en el ordinal 7º del Art. 324 del derogado C. Penal, modificado por el Art. 30 de la Ley 40 de 1993, normatividad vigente para la época de los acontecimientos, valga decir, no quedó claro si fue que el procesado colocó a su víctima en situación de indefensión o de inferioridad, o fue que se aprovechó de esa condición, pues, en su sentir, no sólo se violó el debido proceso al pretermitirse la exigencia legal del Art. 442-2 del anterior C. de P. Penal -398 del actual-, sino que también se vulneró el derecho de defensa del procesado en cuanto se le puso trabas a dicha garantía al no conocer en concreto de qué tenía que defenderse.

Un tal vicio trascendió a las sentencias proferidas en las instancias ordinarias, alega el demandante, en la medida en que en la de primer grado el juzgador ante el vacío jurídico-probatorio en que se halló, simplemente adujo que sobre el punto no se precisaba de “un mayor análisis” al efectuado por el funcionario instructor en el pliego de cargos, y el

de segunda ninguna referencia hizo en el respectivo pronunciamiento en relación con dicho tópico.

En relación con el tema, ha sido reiterativa la Corte en sostener que no toda deficiencia argumentativa en la resolución de acusación es de suyo idónea para viciar de nulidad el acto respectivo, pues sólo cuando materialmente no existe motivación, o cuando existiendo la misma resulta ininteligible por ser precaria o anfibológica, se estructura el vicio, porque para el aseguramiento de la garantía fundamental del derecho de defensa se hace necesaria la argumentación comprensible.

La primera hipótesis surge cuando el funcionario judicial omite precisar las razones de orden fáctico y jurídico que sustentan su decisión. La segunda, cuando el análisis que contiene estos aspectos es deficiente, al extremo de no permitir su determinación. La tercera, cuando se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido. -Cfr. sentencia de febrero 27 de 2001, M. P. Fernando Arboleda Ripoll-.

Ahora, es cierto que el Art. 442-1 y 2 del Dto. 2700 de 1991, vigente a la sazón, establecía como requisito formal de la resolución de acusación la narración sucinta de los hechos investigados con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, y la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación, exigencia que actualmente también demanda el Art. 398 de la Ley 600 de 2000.

Igualmente cierto es, como con tino lo acota el Ministerio Público, que frente a la previsión normativa contenida en el Art. 324-7 del derogado C. Penal (104-7 del actual) acerca de las circunstancias de indefensión o inferioridad, éstas pueden ser propiciadas por el victimario, o aprovechadas por él.

Pues bien, tanto en la resolución de acusación, como en los fallos de instancia, los funcionarios que a su cargo tuvieron el proceso cumplieron a cabalidad con su

obligación de motivar adecuadamente la imputación que de la mentada agravante punitiva hicieron en sus respectivos pronunciamientos de fondo, por lo cual las críticas del censor carecen de fundamento, como seguidamente se verá, y por consiguiente el cargo está llamado a no prosperar.

En efecto, en el pliego de cargos el Fiscal calificador al referirse a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se perpetró la conducta punible, claramente expuso que la víctima fue abordada por sus agresores en el camino veredal de La Guinea, quienes le dispararon con las armas de fuego que cada uno de ellos portaba, hiriéndolo en el rostro y en la espalda.

“El hecho ocurrió de tres y media a cuatro de la mañana, había luna el día de autos, aproximadamente a cuadra y media de la escuela, se trata de una parte sola y existe monte.”

De esta manera acogió el Fiscal la versión instructiva del lesionado, la cual encuentra respaldo probatorio, también allí se dijo, en el testimonio de Juan Antonio Camayo, quien refirió que percibió el atentado porque “se hallaba esperando carro en el cruce de la carretera que conduce a la vereda el ‘Perico’ ”, constatándose con la inspección judicial practicada al lugar que pudo observar el desarrollo de los acontecimientos, porque no existía obstáculo que le impidiera la visibilidad.

De los fundamentos de la citada pieza procesal, sin atisbo de duda alguna se vislumbra que hubo aprovechamiento por parte de los agresores de esa condición de indefensión en que se hallaba la víctima, quien inerte transitaba por paraje solitario y enmontado, cuando de improviso fue atacado. No existen elementos de juicio que permitan sostener que al agredido se le hubiese colocado en esa situación, cuando con claridad meridiana refulge de la acusación que la acometida se produjo por sorpresa, sin que Luis Armilio la esperara o hubiera tenido oportunidad de repelerla. Así surge evidente del resumen

de los hechos realizado por el funcionario instructor al referirse al dicho de aquél, pues OVIDIO le salió al paso encañonándolo con un revólver, mientras que Flower hizo lo propio con una escopeta a sus espaldas y asiéndolo de los cabellos le pidió a su padre que disparara, como en efecto ocurrió.

Acorde con lo expuesto en la resolución de acusación, el juzgador de la primera instancia precisó:

“La circunstancia de agravación deducida por el ente acusador no amerita un mayor análisis sólo debemos decir que tanto FLOWER a quien ya se condenó y su padre OVIDIO ANTONIO aprovecharon de la situación de indefensión en que se encontraba LUIS ARMILO, quien nunca creyó que fuera a ser atacado en forma aleve y sorpresiva.

“Ese estado de indefensión se predica también de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos. Los agresores aprovecharon de esa situación ventajosa para ellos y desventajosa para la víctima.”

Por su parte el juez colegiado expresó en el fallo de segundo grado:

“Aquí la intención homicida es nítida: son dos personas con armas de fuego que agreden muy de cerca de la víctima en desventaja o completa desprotección como la soledad, la oscuridad, la salida intempestiva en el camino y, por supuesto, desarmada.”

Luego entonces, en manera alguna se violó el debido proceso por la falta de oportunidad de controversia probatoria en relación con la agravante deducida, si, como viene de reseñarse, ella quedó adecuadamente especificada en la resolución de acusación, y hubo ocasión de debatirla en el juicio.

Menos cabe hablar de afectación al derecho de defensa en cuanto se obstaculizó su ejercicio, si suficientemente se precisaron las razones de orden fáctico y jurídico en las

cuales se sustenta la decisión atacada. Tampoco se vislumbra una tal vulneración por la supuesta falta de conocimiento acerca de qué tenía que defenderse, cuando lo cierto es que los alcances de la imputación se le hicieron saber al acusado en la audiencia de formulación y aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, resistiéndose a admitir los mismos.

Otra cosa es que, dadas sus voces de inocencia, pues en el desarrollo de la actuación el sentenciado siempre pregonó ser ajeno a los hechos, la defensa no se hubiera ocupado de desvirtuar la circunstancia de agravación dicha, porque de haberlo hecho, obviamente implicaba admitir el compromiso penal que le asistía, como con acierto igualmente lo destaca el Ministerio Público.

Por modo que, no teniendo razón en sus críticas el libelista, la censura ha de desestimarse.

Finalmente ha de advertirse que como el cargo no prospera, 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, notifíquese 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 GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARINA PULIDO DE BARÓN

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria