

Proceso No 16805

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta No. 90.

Bogotá D.C., octubre veinte (20) de dos mil cuatro (2004).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 9 de agosto de 1999 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que confirmó la condena impuesta a LIBARDO SARAY GALINDO y a Gilberto Ospina Saray como autores del concurso de conductas punibles de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

En las horas de la mañana del 13 de julio de 1998, en el perímetro urbano del corregimiento de Vado Real, municipio de Suaita (Santander), Gilberto Ospina Saray accionó en repetidas oportunidades un arma de fuego contra José Amos Martínez Pérez, quien se encontraba en el puesto del conductor de su camioneta marca Ford 100, color rojo, de placas IPA-154; como el automotor retrocedió, el homicida prosiguió su acción y remató a la víctima quien ya se encontraba en el suelo y se apoderó de varios

elementos.

Simultáneamente desde otro ángulo, LIBARDO SARAY GALINDO, hermano y acompañante del anterior, disparó contra Alcira Pérez de Martínez, una vez salió del establecimiento de su propiedad gritando para que no mataran a su hijo José Amos Martínez.

Los homicidas procedieron a retirarse del lugar, siendo perseguidos por algunos familiares de las víctimas quienes con ayuda de las autoridades de policía lograron su captura minutos más tarde, encontrando en su poder tres armas de fuego, una de las cuales resultó ser de propiedad del occiso.

2. Dispuesta la apertura de instrucción, la Fiscalía Segunda Delegada ante los Jueces Penales del Circuito del Socorro vinculó mediante indagatoria a los imputados y les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva¹.

3. El cierre de la investigación se produjo el 5 de octubre de 1998 y la calificación del mérito del sumario el 31 de octubre de ese año, con resolución acusatoria contra los imputados como coautores del delito de homicidio agravado y se dispuso compulsar copias para la investigación del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y del hurto en que pudo incurrir Gilberto Ospina Saray, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal el 24 de diciembre siguiente².

4. El Juzgado Segundo Penal del Circuito del Socorro asumió el conocimiento de la causa, celebró la diligencia de audiencia pública y dictó en primera instancia sentencia de condena el 17 de junio de 1999, descartando la circunstancia de agravación deducida en el pliego de cargos y fijando la pena de prisión en cuarenta (40) años y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en diez (10) años.

5. El Tribunal Superior de San Gil, al conocer del asunto por vía de apelación, confirmó en

su integridad la sentencia del a quo a través de providencia que ahora es recurrida en casación³.

LA DEMANDA:

Dos cargos formula el casacionista al amparo de la causales tercera y primera, respectivamente, en estos términos:

Primero (principal).-

La sentencia recurrida fue dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa porque LIBARDO SARAY GALINDO estuvo totalmente desprovisto de defensa durante todo el proceso pero especialmente durante la etapa instructiva.

Si bien a lo largo de la actuación figuró un abogado, éste nunca ejerció actos reales de defensa; en la etapa del juicio no solicitó prueba alguna a favor del procesado; no participó en la práctica de las diligencias probatorias como por ejemplo el reconocimiento en fila de personas en el que la Fiscalía nombró un defensor de oficio con el fin darle cumplimiento a esa formalidad, pero sin ninguna garantía defensiva; no controvertió las pruebas ni los cargos; y, no presentó escrito ni solicitud alguna a favor del procesado.

La única actuación de la defensa se produjo en la diligencia de audiencia pública cuando, en una lánguida intervención, se limitó a solicitar el reconocimiento de una causal de justificación pero no realizó ningún planteamiento de fondo.

La defensa técnica no controvertió las decisiones adversas, no presentó alegatos de fondo ni interpuso recurso alguno, tampoco acudió en su auxilio para sustentar el recurso de apelación interpuesto por el procesado quien, finalmente, fue quien lo sustentó.

Si el procesado hubiese tenido una asesoría a tiempo habría acudido a las figuras o mecanismos contemplados en la ley para hacer menos gravosa su situación, como los contemplados en los artículos 37 o 37 A del Código de Procedimiento Penal.

No resulta aplicable el silencio como estrategia defensiva porque esa hipótesis debe evaluarse en cada caso particular, ni la pasividad puede perpetuarse hasta el punto de no presentar alegatos de conclusión o no acudir en auxilio del procesado para ayudarle a sustentar el recurso interpuesto por él mismo, cuando las demás partes sí están interviniendo activamente en defensa de sus intereses.

Esta postura -afirma el demandante- se traduce indudablemente en ausencia defensiva con lesivos resultados para el procesado, por lo cual solicita se case la sentencia declarando la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación, inclusive, para que a partir de la etapa instructiva se haga efectivo el derecho de defensa de LIBARDO SARAY GALINDO.

Segundo (subsidiario).-

Aduce la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 26 del Código Penal de 1980 porque está demostrado que quien cometió el homicidio de José Amos Martínez Pérez fue Gilberto Ospina Saray, quien no requirió de ninguna ayuda, mientras que LIBARDO SARAY GALINDO fue el autor material del homicidio de Alcira Pérez viuda de Martínez, el cual tampoco necesitó ninguna colaboración.

Cada homicidio tiene su autor material perfectamente individualizado y la condena por el concurso de delitos no solo desconoce el citado artículo 26 sino los principios de causalidad (art. 21) y de tipicidad (art. 3º).

Como consecuencia de ese desacierto, se le impuso al procesado una pena de 40 años de prisión, es decir, 12 años mayor a la que realmente le corresponde pues los

sentenciadores al efectuar la dosificación partieron de 28 años y esta situación debe ser corregida casando la sentencia recurrida y procediendo a dictar el fallo de reemplazo de carácter absolutorio a favor de LIBARDO SARAY GALINDO respecto del homicidio de José Amos Martínez Pérez.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO PARA LA CASACIÓN PENAL:

Cargo Primero (principal).

Como parte del deber constitucional que asiste al Ministerio Público en la defensa de los derechos y garantías fundamentales, se ha auspiciado la declaratoria de la nulidad ante el desconocimiento del derecho a la defensa para que el afectado pueda gozar del derecho quebrantado, al encontrar, en no pocas oportunidades, la reunión de elementos de juicio que permiten deducir que al procesado se le restringieron las posibilidades de defenderse porque no contó con un defensor o porque este fue totalmente negligente en el desempeño de su función.

Sin embargo, algunas veces se encuentra que la pretensión del casacionista fundada en la inactividad de los defensores se circunscribe a controvertir la estrategia defensiva incluso bajo la advertencia expresa de no ser esa la intención, como sucede en el caso materia de estudio, lo cual resulta desacertado porque el derecho a la defensa técnica no obedece a formas o esquemas estereotipados de las que se pueda concluir que el profesional siempre debe acudir a las mismas fórmulas y actos para lograr su efectivo ejercicio.

Aquí no se puede hablar de negligencia o descuido a un punto que resquebraje los cimientos de la aludida garantía fundamental porque si bien la defensa de SARAY GALINDO no se caracterizó por la abundancia de actuaciones de contradicción, alegación o impugnación, no es posible inferir que la defensa fue solamente nominal pues los distintos defensores en la etapa instructiva asumieron una actitud expectante y vigilante, de control y de supervisión, de seguro derivada de la situación de flagrancia en

que fueron capturados los sindicados, mientras que en la fase del juicio hubo mayor despliegue de controversia al tanto que lo permitían los escasos elementos que obraban a favor de sus prohijados de tal manera que si hubo alguna precariedad en los argumentos defensivos, se debió a la contundencia de los elementos incriminatorios en su contra, pretensión de nulidad despachada ya de manera negativa por el Tribunal con argumentos importantes, razones todas que llevan a la improsperidad del cargo.

Cargo Segundo (subsidiario).

Aparece notoria la evidencia en el planteamiento de esta censura que el actor no controvertió los aspectos centrales del fallo, en el entendido de que la responsabilidad penal de cada uno de los implicados en los dos homicidios derivó del dispositivo amplificador del tipo conocido como la coautoría.

Tanto en la parte motiva como en la resolutive de la sentencia de segundo grado, el Tribunal fue enfático en afirmar que se reunían a cabalidad los elementos de esa figura para deducir responsabilidad en contra de los procesados por los dos homicidios a partir del reconocimiento de responsabilidad que hizo el propio LIBARDO SARAY GALINDO al sustentar el recurso de apelación frente al homicidio que cometió materialmente.

Incurrió el demandante en un error de sustentación al dejar de debatir los aspectos constitutivos de la figura y apartarse de los presupuestos reconocidos en la sentencia para ventilar la violación directa de la ley sustancial y pretender resolver el problema con una óptica formal objetiva de la intervención delictiva, cuando en la coautoría impropia se imputan recíprocamente los comportamientos realizados bajo la perspectiva de un acuerdo común, un aporte no siempre subsumible directamente en el tipo y una distribución de trabajo que asegura el resultado querido, el cual bien puede producir otros efectos que dependen del riesgo creado -como ocurrió en este caso- e

imputables a todos los coautores.

En consecuencia, este reproche tampoco está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Cargo primero (principal).-

La ratio de esta censura por violación del derecho a la defensa del procesado LIBARDO SARAY GALINDO, se construyó sobre el argumento de no haber estado asistido por un profesional que materializara esa garantía, especialmente durante la fase instructiva de la actuación:

1. El núcleo de esta garantía radica en la prerrogativa que tiene el procesado de estar asistido en forma permanente por un profesional que lo asesore y represente para enfrentar las imputaciones punitivas de manera continua y unitaria, en aras de la efectiva protección de sus intereses, tal como lo estipula el artículo 29 de la Carta Política.

2. Su desconocimiento no se puede determinar a través de una mera postura crítica de la actividad desplegada por el respectivo abogado porque, atendiendo al carácter liberal de esta profesión, es apenas lógico que cada defensor aborde el asunto desde su propia óptica y según la estrategia defensiva que considere más apropiada, sin que la diferencia de opiniones al respecto sea un criterio suficientemente válido para anular el proceso.

Tampoco es posible hacer ese juicio de valor sobre la base de la inactividad del defensor

porque lo realmente importante para la viabilidad del cargo, es acreditar cómo, a consecuencia de esa pasividad, se dejaron de cumplir algunos actos que habrían determinado un resultado favorable al procesado.

3. El recurrente señaló carencia de defensa técnica a través de la etapa instructiva y parte del juzgamiento porque el profesional encargado de esa misión no solicitó pruebas, no participó en distintas diligencias como el reconocimiento en fila de personas, no interpuso recursos, no presentó ningún escrito a favor del procesado y no lo auxilió para sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Pero una vista rápida del expediente muestra que:

3.1. Una vez ordenada la apertura de investigación el 13 de julio de 1998, a los pocos días LIBARDO SARAY GALINDO fue escuchado en indagatoria con la compañía de un abogado que él mismo designó, el cual solicitó copias de lo actuado y adelantó gestiones para su traslado a otra institución carcelaria.

3.2. Después se llevó a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas, en cuyo trámite la Fiscalía nombró a una profesional que representara a los procesados, y el 24 de julio siguiente les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

3.3. El 10 de septiembre siguiente SARAY GALINDO designó a otro abogado, quien solicitó copias de lo actuado ese mismo día, y 3 meses después, luego de habersele librado telegrama para notificarlo de la resolución acusatoria, renunció al poder por el no pago de sus honorarios, siendo reemplazado por un defensor público que enseguida asumió la función hasta el momento de dictarse la sentencia de segundo grado.

4. De lo que se viene de ver aparece manifiesto que el procesado SARAY GALINDO estuvo asistido por un abogado desde el momento en que fue vinculado mediante indagatoria hasta la culminación de las instancias.

5. Además, el cargo elevado implica demostrar que la actitud pasiva asumida efectivamente, lesionó los intereses del implicado al punto de conducir a un resultado que se habría podido evitar o, por lo menos, mitigar en sus efectos gravosos, pero en el caso subexámine se advierte que si bien durante la etapa instructiva los únicos actos materiales de defensa se concretaron a la asistencia en la diligencia de indagatoria, no puede afirmarse abandono de la gestión encomendada porque existieron actos de vigilancia y control del proceso a través de la solicitud de copias de lo actuado que les permitía enterarse de lo que estaba ocurriendo e intervenir en cualquier momento que lo consideraran indispensable.

6. En relación con los actos defensivos que según el demandante se dejaron de realizar, debe señalarse que para la declaratoria de una nulidad por este aspecto resulta necesario acreditar la importancia del acto o actos que se reclaman con respecto a la realidad procesal, en virtud del principio de trascendencia que rige en esta materia porque, como medida extrema y excepcional, la invalidez del proceso se decreta frente a concretos perjuicios que no puedan remediarse de otra manera.

El casacionista no cumplió con esta labor demostrativa porque, si bien es cierto que el defensor de oficio no solicitó la práctica de pruebas, no intervino en la práctica de algunas, no presentó alegatos precalificatorios y no impugnó las principales decisiones de fondo, la verdad es que el libelista no trasladó la utilidad de estas actividades al escenario procesal en aras de acreditar su capacidad para quebrantar la actuación, pues no explica en qué medida habría beneficiado a la situación procesal de su representado.

7. Igual sucede cuando se lamenta de que a LIBARDO SARAY GALINDO no se le asesoró acerca de la posibilidad de acogerse a la terminación anticipada del proceso pues, no obstante que en el encabezado de la diligencia de indagatoria aparece consignado que al imputado se le puso de presente, entre otros aspectos, la normatividad concerniente a este instituto, lo que hace presumir que sí tuvo conocimiento de esa alternativa, lo

cierto es que antes de tomar una decisión en ese sentido resulta indispensable evaluar si la situación probatoria así lo aconseja o si por el contrario, se vislumbra como posible una preclusión de investigación, de suerte que la sola expectativa de obtener una rebaja de pena no siempre constituye el mejor consejo ni la mejor estrategia defensiva porque todo depende de las características propias de la respectiva actuación procesal.

8. En este contexto, la propuesta del demandante no resulta viable porque, además, no se ocupó de demostrar la trascendencia de las predicadas omisiones defensivas indicando cómo de haberse llevado a cabo las actividades que menciona en el libelo, el sentido de la sentencia habría sido diferente y favorable al procesado, y la Corte, en acatamiento al principio de limitación que la rige en sede del extraordinario recurso, no puede suplir las deficiencias de la censura.

9. Complementariamente nótese que en la fase de juicio el procesado estuvo asistido de un defensor público que solicitó la práctica de pruebas, intervino en la audiencia pública y aunque no aparece coadyuvando el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia, SARAY GALINDO manifiesta que procede a sustentarlo “cooperando de esta manera con mi Señor Abogado”, de donde se deriva que hubo comunicación y, por ende, asesoría para la elaboración del escrito, tal como se advierte de su contenido.

10. En conclusión: las diversas expresiones de inconformidad con la actividad defensiva desplegada no contienen el fundamento necesario para llevar a una decisión tan extrema y drástica como es la de invalidar la actuación, máxime cuando no contiene un propósito específico favorable a la situación del procesado sino que es expresión de un simple prurito de hacer reproches infundados a la sentencia bajo la cortina de efectividad de la garantía de la defensa al procesado, motivos suficientes para el fracaso del cargo.

Segundo (subsidiario).

1. Cuando se propone como causal de casación la violación directa de la ley sustancial, es necesario elaborar como sustento del reproche una argumentación de puro derecho orientada a demostrar la falta de correspondencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia, vale decir, la evidente contradicción entre lo declarado y lo finalmente resuelto, a consecuencia de la falta de aplicación, la indebida aplicación o la errónea interpretación de una norma de derecho sustancial.

Esta forma de impugnación reclama como exigencia ineludible la aceptación de los hechos que se declaran como probados en el fallo impugnado para que a partir de allí se elabore la censura sin que puedan ser ignorados por el demandante, porque precisamente la remoción de la decisión debe radicar en una concreta situación ocurrida al interior del proceso que implique, según lo aquí planteado, un error judicial de juicio.

2. El casacionista funda su reproche en la indebida aplicación del artículo 26 del Código Penal de 1980 porque se encuentra claramente demostrado que su patrocinado fue el autor de los disparos que terminaron con la vida de Alcira Pérez viuda de Martínez y que Gilberto Ospina Saray fue el autor material del homicidio de José Amos Martínez, condiciones en las que no se podía condenar a su cliente por el concurso de esas conductas punibles sino sólo por la que ejecutó materialmente.

3. Con esa pretensión arrasa con la figura jurídica surgida de la situación en la que varias personas realizan mancomunadamente un hecho punible con división de tareas, caso en el cual responden penalmente a título de coautores como si cada uno hubiese ejecutado la totalidad de la conducta sin que para ese efecto interese el rol específico de cada interviniente en la consecución del fin propuesto sino el aporte efectuado a la empresa criminal, a la que acuden consciente y voluntariamente para la obtención de un resultado típico previamente concebido o por lo menos aceptado como

probable.

4. Y esquiva el casacionista importantes consideraciones de la sentencia que muestran la coautoría de LIBARDO SARAY GALINDO en el homicidio de José Amos Martínez, así no haya realizado directamente la conducta típica:

“En el evento sub-examine, Libardo desplegó una serie de actividades que llevan a concluir la voluntad inequívoca de propiciar el mentado homicidio. En efecto, en primer lugar tenemos que de acuerdo al informe rendido por el Cuerpo Técnico de Investigación, los hermanos Libardo y Gilberto viajaron de Bogotá a Vado Real expresamente a dar muerte a José Amos, de acuerdo a las manifestaciones que aquellos hicieran al momento de la captura, por lo cual se les cancelaría una suma de dinero (...), situación corroborada por los agentes de policía que intervinieron en el operativo Luis Humberto Viviel, Carlos Rueda Cala y Jairo Miguel Moncayo (...).

Ahora bien. Antes del desarrollo de los hechos varios testigos observaron a los dos hermanos visitando previamente el sitio donde se produjo el acontecer delictivo, no solamente en esos días sino semanas atrás y más concretamente en el negocio de Alcira Pérez (...).

Y para el momento de producirse la tragedia de sangre, cuando Gilberto descargaba los primeros disparos de su arma de fuego contra José Amos, persona que se encontraba en su vehículo frente al local de su progenitora, ésta al escuchar las detonaciones salió del establecimiento gritando, pidiendo que no mataran a su hijo (...) siendo silenciada por Libardo al ocasionarle mortales heridas con su arma, conducta que evidentemente indica un aporte para el logro de la consumación del homicidio en José Amos, toda vez que con la muerte de Alcira se contribuía en la remoción de obstáculos que pudieran evitar la consumación del otro ilícito”.

5. Evidenciado entonces que LIBARDO SARAY GALINDO fue visto con su hermano en el

desarrollo de los acontecimientos y que orientados por el mismo designio criminal llevaron a cabo una conducta común con división de funciones en la misma acción delictiva, lo jurídicamente predicable era su participación a título de coautor y en consecuencia su responsabilidad frente al concurso de conductas punibles, así como lo consideró el sentenciador, de manera que la sanción punitiva impuesta al procesado guarda plena correspondencia con las señaladas determinaciones porque el incremento fue producto del concurso delictivo que se le imputó. Y,

6. Debe indicarse finalmente, que la eventual aplicación del principio de favorabilidad por la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, es competencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respectivo.

A 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 el fallo impugnado.

Contra esta decisión, no procede ningún recurso. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

CÚMPLASE

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 25, 41, 51 y 83.

2 Folios 254, 312 y 356.

3 Folios 369, 479 y 3 C. Tribunal.