

Proceso No 20451

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta No.084

Bogotá D.C., agosto diez (10) de dos mil seis (2006).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA contra la sentencia del 24 de julio de 2002 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, a través de la cual confirmó parcialmente el fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, el 21 de febrero de ese año, reduciéndole en dos años la pena privativa de la libertad impuesta para dejarla en definitiva en veintiocho (28) años de prisión y multa equivalente, en moneda nacional, a dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor responsable del delito de secuestro extorsivo agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 21 de marzo de 1997, a las 11:12 de la mañana, a la joyería ubicada en la carrera 6 #12-34 de esta ciudad, de propiedad de José Arturo Castro Perdomo, ingresaron tres personas armadas -Luis Gerver Mora Patiño, Eduardo Rivera Cortés y Carlos Contreras Castro, según sentencia condenatoria dictada en su contra- quienes informando de su

pertenencia a la Policía Nacional, intimidaron con armas de fuego a Nhazly Rocío Jiménez de Castro, José Gregorio Castro Jiménez y Oscar Leonardo González Castro, esposa, hijo y amigo de este último, en su orden, y después los obligaron a abordar un taxi conducido por otro sujeto, en el cual partieron inmediatamente con rumbo desconocido.

Horas más tarde los plagiarios llamaron telefónicamente a José Arturo Castro Perdomo para exigirle el pago inmediato de la suma de \$5.000.000.00, con el fin de asegurar la liberación rápida de los secuestrados, quien convino la entrega del dinero esa misma noche y como alertara a las autoridades del Gula de la Policía Nacional, éstas lograron aprehender a Luis Gerver Mora Patiño, Eduardo Rivera Cortés y Carlos Contreras Castro, en el momento en que recibían el pago exigido.

2. La investigación de estos episodios le correspondió al Fiscal Delegado ante el extinto Tribunal Nacional, quien en resolución del 18 de diciembre de 1997, al resolver la apelación interpuesta contra la resolución acusatoria proferida contra Luis Gerver Mora Patiño, Eduardo Rivera Cortés y Carlos Contreras Castro por el delito de secuestro extorsivo, ordenó compulsar copias de la actuación con el fin de investigar la participación de las otras personas que concurrieron a la consumación del referido delito - posiblemente, el Teniente Absalón Beltrán y el Agente MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA- aún no vinculadas.

3. Con base en tales copias el Fiscal de la Sub-Unidad Antisecuestro y Extorsión de esta capital, decidió vincular al proceso mediante indagatoria a MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA¹ y el 9 de octubre de 2000 le resolvió situación jurídica imponiéndole detención preventiva sin beneficio de excarcelación como presunto autor del delito de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo².

4. Al calificar el mérito del sumario, el ente fiscal le formula a MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA el cargo de presunta coautoría de secuestro extorsivo agravado,

luego suprime el concurso, decisión que convalidó la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá mediante resolución del 6 de junio de 2001.

5. Al Juzgado Segundo Especializado de Bogotá le correspondió tramitar la causa y dictar el fallo de primer grado, motivo por el cual el 2 de febrero de 2002 condenó a MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA a la pena de treinta (30) años de prisión como autor responsable del delito de secuestro extorsivo agravado, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años y al pago a favor de las víctimas de los perjuicios morales causados con la infracción en suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. El Tribunal Superior de Bogotá el 24 de julio de 2002, al conocer del recurso de apelación incoado por la defensora del procesado, introdujo las siguientes modificaciones al fallo impugnado, así: redujo en dos años la pena privativa de la libertad para dejarla en definitiva en veintiocho (28) años de prisión y explicitó en la sección resolutive la pena de multa equivalente a dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales mensuales, irrogada por el A-quo en la parte motiva de la sentencia recurrida. Confirmó las restantes decisiones.

LA DEMANDA DE CASACIÓN:

Dos cargos formula el libelista contra el fallo del Tribunal así:

Primer Cargo:

Con apoyo en la causal tercera de casación acusa la sentencia de segundo grado de haber sido pronunciada en un juicio viciado de nulidad porque simultáneamente se infringió el debido proceso y el derecho a la defensa en razón de haberse presentado las siguientes irregularidades:

1. La ausencia de notificación a MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA de la resolución de iniciación de investigación preliminar conculca el derecho de defensa, en cuanto se desconoce el inciso final del artículo 81 de la Ley 190 de 1995 que establece que en caso de existir imputado conocido se notificará a éste dicha decisión, garantía procesal de incuestionable valor porque evita que el sujeto de la acción penal se vea posteriormente sorprendido con un caudal probatorio sobre el cual nunca tuvo la oportunidad plena de ejercer el derecho de contradicción.

En respaldo de su planteamiento el actor invoca, además, el artículo 14.3 de la Ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra entre las diferentes manifestaciones del debido proceso el derecho de toda persona acusada de un delito a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo durante todo el proceso, norma que prevalece en el orden interno por estar inserta en un tratado internacional ratificado por el Congreso colombiano que reconoce los derechos humanos y prohíbe su limitación en los estados de excepción.

2. La exclusión en la resolución mediante la cual se decretó la apertura de investigación preliminar de la orden dirigida a obtener la versión libre de BEJARANO AGUILERA, a pesar de estar debidamente individualizado, de conocerse su condición de agente de la Policía Nacional y de saberse que en el proceso originario ya había rendido declaración, también vulnera las mencionadas garantías procesales, anomalía que la fiscalía extendió a la actuación subsiguiente al ordenar los testimonios del Teniente Absalón Beltrán Orjuela –quien igualmente ha debido ser citado a versión, en opinión del libelista- y del agente Osman David Durán López, así como diligencia de reconocimiento fotográfico.

El desconocimiento del anterior decreto de pruebas por parte de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA y su defensor, le impidió participar en su evacuación, afectándole el derecho de defensa en la medida en que los elementos de juicio obtenidos a través de ellas

se constituyeron en fundamento de la acusación y de la respectiva condena sin tener la posibilidad de controvertirlos.

3. La práctica del reconocimiento fotográfico sin la asistencia del defensor de confianza del indiciado implicó el desconocimiento de las prerrogativas defensivas de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA, pues el designado de oficio simplemente dotó "...de legalidad una diligencia que a todas luces se efectuaba en contravía del derecho de defensa del imputado", porque de haber contado con el primero, éste habría advertido la actitud sospechosa de Nhazly Jiménez y Oscar González, pues le causa extrañeza que éstos hayan recordado con tanta precisión la fisonomía de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILAR, "...si se atiende que ya habían pasado 2 años desde los hechos y que precisamente era a éste -entre otros tres procesados- a quien se debía reconocer en esa diligencia."

4. En la etapa de la instrucción el demandante avizoró otra irregularidad conculcadora del derecho de defensa, a saber, la clausura por parte de la Fiscalía del ciclo instructivo sin practicar las pruebas que había decretado de oficio con el fin de verificar las citas realizadas por el indagado. En el juicio detectó que las pruebas solicitadas fueron negadas en el desarrollo de la audiencia preparatoria, decisión que, en su entender, comporta similar falta de garantismo.

Con fundamento en las anteriores premisas solicitó se case la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado desde la resolución de apertura de indagación preliminar, inclusive, y se disponga la libertad provisional del procesado, de conformidad con lo previsto en el artículo 365.4 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo cargo (Subsidiario).

Al amparo también de la causal tercera de casación, el libelista demanda el quiebre de la sentencia impugnada por haber sido dictada en un proceso afectado de nulidad en

razón de haber sido desconocido el debido proceso en la medida en que no se ordenó la apertura de instrucción mediante resolución alguna.

En el propósito por demostrar este cargo el censor hizo referencia a las diferentes etapas integrantes del proceso penal colombiano -la investigación previa, la instrucción y el juzgamiento- y a la obligatoria atención que debe prestarse a las características que las diferencian tanto en sus aspectos formales y materiales como única forma de garantizar el debido proceso.

Hizo énfasis en el deber funcional de la Fiscalía General de la Nación, a través de sus delegados, de proferir resolución de apertura de investigación, entendida por el censor como el "...acto de sustanciación o trámite, que da inicio a la etapa instructiva y en general al proceso penal, porque aunque si bien advertíamos antes, las normas procesales contemplan una etapa de investigación previa, su característica esencial es ser una etapa preliminar -aunque judicial, como lo ha entendido la H. Corte Constitucional- pero no formalmente una instrucción", por tanto, al tomar dicha institución la decisión de iniciar el ciclo instructivo por estimar indispensable vincular a una persona como posible autora de delitos, le corresponde pronunciarse explícitamente mediante resolución, pues de lo contrario atenta contra las formas propia del juicio y se aparta del principio de eventualidad o preclusión, al pasar de una etapa a otra sin respetar el orden procesal dispuesto en la ley.

Resalta que en ningún momento se dispuso la apertura formal de la investigación y pese a ello se ordenó vincular a BEJARANO AGUILERA mediante indagatoria; posteriormente se le resolvió situación jurídica y se calificó el mérito del sumario, -es decir, argumenta el actor-, se concretó toda una etapa sumarial sin que la misma haya sido abierta formalmente, y lo más grave, se profirió sentencia de segunda instancia sin advertir semejante yerro, circunstancias que lo llevan a concluir que se está frente a un "error in procedendo" que afectó la estructura del proceso y las garantías

fundamentales del acusado.

Finaliza la sustentación del cargo manifestando que no puede pasarse por alto la existencia de la resolución de apertura de investigación en el proceso promovido inicialmente contra Luis Gerver Mora Patiño, Eduardo Rivera Cortés y Carlos Contreras Castro por el delito de secuestro extorsivo, la cual había sido cerrada precisamente para calificar el mérito probatorio a través de providencia, en donde simultáneamente se ordenó la compulsación de las copias fundamento de la nueva indagación preliminar cumplida dentro de este expediente, motivo por el cual se hacía necesario decretar nueva apertura de investigación, acto imprescindible que al ser omitido condujo al libelista a concluir que la actividad realizada sin él se encuentra indudablemente viciada.

Solicita a la Corte casar la sentencia con fundamento en este cargo y, en consecuencia, se declare la nulidad de lo actuado desde la resolución de fecha 5 de diciembre de 1999, por medio de la cual se ordenó la vinculación mediante indagatoria de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA, y adicionalmente pide se decrete la libertad provisional de éste.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA PRIMERA DELEGADA EN LO PENAL:

Primero cargo.

Para esa representación del Ministerio Público, con fundamento en decisiones de esta Corporación y de la Corte Constitucional, el cargo no está llamado a prosperar porque si bien en este asunto no se notificó la apertura de la investigación preliminar al imputado BEJARANO AGUILERA, ello no es causal de invalidación de la actuación debido a que esa fase no es requisito de procedibilidad de la investigación, además, si se pretermitió dicha formalidad no causó perjuicio al procesado, luego la irregularidad resulta inane.

Estima que la omisión de versión libre de BEJARANO AGUILERA y del Teniente Beltrán, no

conlleva al desconocimiento del debido proceso si se tiene en cuenta que los artículos 322 y 324 del Decreto 2700 de 1991, y la Ley 600 de 2000, respectivamente, no imponen al funcionario competente la obligación de llevarla a cabo, motivo por el cual el instructor podía abstenerse de ordenar dichas diligencias y optar por disponer la vinculación del imputado a la investigación mediante indagatoria en orden a que explicara el comportamiento objeto de imputación, como ocurrió en este caso, pues el fiscal consideró que del material probatorio recaudado resultaban indicios incriminatorios suficientes contra el primero de los mencionados para vincularlo en calidad de sindicado.

En cuanto al posible perjuicio ocasionado por la práctica de pruebas llevadas a cabo en la etapa preliminar sin la presencia del imputado conocido o su defensor de confianza, en caso de haberse presentado, bien podía haberlo subsanado la defensa una vez vinculado a la investigación MARCO ANTONIO, solicitando la ampliación de las declaraciones rendidas por el Teniente Absalón y el Agente Osman David Durán, con el señalamiento de las razones de su pertinencia y conducencia, situación que sólo fue intentada por la acuciosa defensora en el audiencia preparatoria, pero negada por el juez al no cumplir con la exigencias legales ya mencionadas, sin que más adelante se volviera a insistir en su realización.

Opina que al procesado se le dio la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción durante toda la actuación, garantía que no se satisface exclusivamente con la presencia, ya sea del sindicado, ora del apoderado, en el caso de recepción de testimonios, cuando lo cierto es que el radio de acción es más amplio, por cuanto se cuenta con la facultad de presentar diversos medios de oposición a los esgrimidos en contra, de solicitar ampliación de declaraciones –sólo que en debida forma-, e impugnar las decisiones que valoran los elementos de prueba y las contentivas de los juicios jurídicos tomados con base en ellos, manifestaciones todas éstas y muchas más que integran el derecho de controversia.

Finalmente, en relación con las irregularidades atribuidas a la diligencia de reconocimiento fotográfico opina que el camino escogido para controvertir o demandar la supuesta ilegalidad de la misma, no fue el correcto pues ha debido elegir la causal de casación de violación indirecta de la ley sustancial por un supuesto error de derecho por falso juicio de legalidad.

Segundo cargo (Subsidiario).

Sobre este reproche advierte que tampoco le asiste razón al libelista en cuanto a la posible violación al debido proceso por haberse iniciado, tramitado y fallado esta actuación sin que se hubiera dispuesto la apertura de la investigación porque todo el trámite procesal desde 18 de julio de 1998 hasta el 23 de marzo de 1999, dejó de ser preliminar para pasar a la fase instructiva cuando la Fiscalía Regional Delegada 103 del Gaula de Bogotá dispuso la remisión del expediente a la Unidad de Antiextorsión y Secuestro para que se asignara un fiscal que asumiera “la correspondiente instructiva”, aspecto que fue reconocido por la defensa en la diligencia de audiencia pública cuando expresó: “...después de recaudadas las pruebas allí ordenadas sin que se hubiese dado aviso a mi representado de la iniciación de tales preliminares en su contra se ordena abrir investigación formalmente en marzo de 23 de 1999, vista la resolución a folio 78 y diciembre 05 de 1999, ordenando vincular con indagatoria a mi representado”.

Bajo esos presupuestos la Delegada niega respaldo a la pretensión de invalidez procesal y solicita a esta Corporación que no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES :

1. Para acreditar la existencia de una nulidad en sede de casación es necesario que el impugnante indique de manera clara y precisa los fundamentos mediante los cuales demuestre el menoscabo a las garantías de los sujetos procesales o de las bases

fundamentales de la instrucción o del juzgamiento, con identificación precisa de las irregularidades ocurridas a lo largo del proceso y su incidencia en la sentencia recurrida.

La Sala ha sido insistente en señalar que si el motivo invalidante de la actuación lo constituye el debido proceso, debe acreditarse la existencia de una irregularidad con capacidad de socavar las bases de la actuación. En cambio, si se trata de la violación del derecho a la defensa material o técnica, es indispensable determinar los defectos que lesionaron esta garantía y que por su gravedad y trascendencia resulta inevitable su declaratoria, sin que sea admisible invocar el desconocimiento de ambas garantías sobre un mismo supuesto de hecho porque cada una implica la presencia de vicios de diferente contenido y alcance, salvo situaciones especiales como las planteadas dentro del contexto argumentativo del censor.

2. Con base en lo expuesto ninguna razón le asiste al casacionista en la formulación de las diferentes hipótesis de invalidez que enuncia y sostiene en el primer cargo, conforme se pasa a explicar:

2.1. La Corte ha enfatizado en varias oportunidades que la falta de comunicación de la resolución mediante la cual se ordena la investigación previa no es constitutiva de irregularidad sustancial que deba remediarse a través del mecanismo de la nulidad, toda vez que tratándose de una fase contingente que obviamente no forma parte de la estructura del proceso y sometida a cierta discrecionalidad del instructor, su existencia y validez no son dependientes del acto de notificación al imputado conocido³

.

Además, la etapa preprocesal a la que alude el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal no es obligatoria, pues está supeditada, entre otros motivos, a la inexistencia de hechos y antecedentes dentro de la actuación que permitan colegir que una persona

debidamente identificada o individualizada pudo ser autora o partícipe de una conducta punible.

Por tanto: la ausencia de notificación criticada por el censor carece de la transcendencia necesaria como para acceder al decreto de nulidad por él solicitado.

2.2. Resulta extraño a la naturaleza de la fase preliminar del proceso el reclamo del demandante por haberse practicado unas pruebas independientemente de la vinculación mediante versión libre de los presuntos indiciados, pues entre los diferentes objetivos del instructor bien pudieron estar: determinar si había lugar o no al ejercicio de la acción penal, si había tenido ocurrencia el hecho, si estaba descrito en la ley penal como punible, la procedibilidad de la acción penal, y practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o individualización de los autores o partícipes (art. 319 del C.P.P., Decreto 2700/01). Y, seguramente en este caso, la última orientación enunciada fue la seguida por el fiscal al disponer en resolución del 16 de julio de 1998, la apertura de investigación preliminar para eliminar dudas acerca de la persona sobre quien debía recaer la presunta participación en el secuestro extorsivo puesto a su conocimiento.

Es indispensable evocar que la presente actuación se originó por la compulsación de copias que ordenara el 18 de diciembre de 1997 la Unidad de Fiscalías Delegada ante el extinto Tribunal Nacional con el fin de investigar la posible participación del Teniente Absalón Beltrán y del Agente MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA en el secuestro de Nhazly Rocío Jiménez de Castro, José Jairo Castro Jiménez y Oscar Leonardo González, sin que tal resolución de sustanciación obligara a vincularlos directamente a la pesquisa preliminar dispuesta por el Fiscal que recibió el material copiado, es decir, la actividad averiguatoria bien podía adelantarse contra uno u otro, dependiendo eso sí de los resultados que arrojaran las diligencias desarrolladas.

Así las cosas, las pruebas que se evacuaron estaban dirigidas a disipar las incertidumbres que se tenían frente a las circunstancias modales del secuestro ya mencionado, sus autores o partícipes y los motivos determinantes, por eso dentro de la discrecionalidad que tiene el funcionario investigador, éste determinó escuchar en testimonio al Teniente Beltrán y al Agente Durán López, por estimar que no habían participado directamente en los hechos delictivos ocurridos en esta ciudad el 21 de marzo de 1997 citado: El primero dijo que en la citada fecha BEJARANO AGUILERA había pedido permiso para no asistir al operativo de estupefacientes que tenían pendiente de realizar porque se iba a constatar alguna información relacionada con el hurto de unas bebidas y alimentos, por consiguiente negó haber recibido los dólares que éste asegura haberle entregado y haber vuelto a tener noticias de él durante ese día; el segundo, manifestó que toda la información que tenía sobre el secuestro referido se la transmitió BEJARANO, aunque admitió que escuchó hablar por teléfono celular a éste y a Beltrán sobre unos dólares.

Las anteriores diligencias y el reconocimiento fotográfico llevado a cabo por parte de las víctimas fueron las que le permitieron al ente fiscal determinar la posible participación de BEJARANO AGUILERA en la conducta investigada, razón por la cual a partir de ellas y no antes, decidió dirigir la investigación directamente contra éste sin considerar necesario oírlo en versión libre, luego la omisión de esta diligencia, cuya discrecionalidad es admitida por el artículo 322 del Decreto 2700 de 1991 (vigente cuando se cumplió la actuación criticada), que disponía “Cuando lo considere necesario el fiscal delegado o la unidad de fiscalía podrá recibir versión libre al imputado”, no puede conllevar a la anulación pretendida por el demandante, tal y como también lo recomienda la Delegada.

2.3. Por otro lado, al procesado se le brindaron todas las oportunidades para el ejercicio del derecho de contradicción a partir de su vinculación mediante indagatoria si se tiene en cuenta que dicha actividad no se agota con la sola participación de las partes

en el interrogatorio a los testigos, pues esa es una de sus tantas manifestaciones, sino que también se garantiza cuando se aportan o solicitan evidencias o cuestionando su veracidad o legalidad, u oponiendo el criterio defensivo a la valoración del juez, actuaciones éstas que en ningún momento se le obstaculizaron a MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA ni a su defensor.

2.4. Tampoco tiene importancia que haya estado asistido por un defensor designado de oficio o por el de su confianza, forma de representación aquella descalificada por el demandante, pues sabido es que la misión de dicho sujeto procesal no puede ser deleznable cuando la discierne el Estado y aceptarlo implicaría reconocer deficiencia en el cumplimiento de sus deberes con tintes vulneradores de los derechos del procesado, y, además, admitir el abandono del juramento profesional por parte de quien interviene en el proceso sin mandato del implicado penalmente.

No sobra señalar que el profesional del derecho que intervino en el reconocimiento fotográfico y el que designó MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA para que lo representara, estuvieron al tanto de la actuación procesal cumplida, sin que se advierta desconocimiento del derecho a la defensa técnica del procesado, vulneración que sólo es predicable frente a una real e irreparable lesividad de sus intereses, que en este caso no se presenta.

2.5. Con base en los acápites anteriores, no vislumbra la Sala la manera en que se haya quebrantado el debido proceso y el derecho de defensa, pues, como acertadamente lo manifestó el Ministerio Público, las declaraciones atrás señaladas fueron nuevamente solicitadas en la audiencia preparatoria por la defensora de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA, pero como quiera que no fue demostrada su pertinencia y conducencia conforme lo establece la ley, su práctica fue negada, sin que se hubiere objetado dicha decisión ni más adelante se volviera a insistir en ellas, dando a entender su conformidad al respecto.

2.6. Finalmente, y acogiendo lo dicho por la representante del Ministerio Público, si el interés del libelista era restarle credibilidad o atacar la forma como se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento fotográfico, la vía adecuada era la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de legalidad, y no a través de la tercera.

El cargo no prospera debido a la insuficiente demostración.

3. Tampoco pueden ser acogidos los argumentos del casacionista esgrimidos al formular el segundo cargo, a nivel subsidiario. Las razones son las siguientes:

En esta ocasión el libelista acusa el fallo de segunda instancia de haber sido proferido en un juicio viciado de nulidad por la afectación del debido proceso, concretando la irregularidad en la ausencia de la providencia que considera resultaba indispensable para la apertura formal de la investigación.

En contraposición al planteamiento del libelista y conforme a las previsiones establecidas en los artículos 324 y 329 del Decreto 2700 de 1991, disposiciones aplicables al caso en estudio, no se exige en la confección de esa primera providencia una precisa e infranqueable fórmula o contenido, sino que resulta suficiente para la fijación de dicho estadio procesal, que de lo expresado en tal resolución, de las órdenes impartidas o de las decisiones adoptadas en ella, surgiera con nitidez que el funcionario judicial había optado por iniciar la instrucción, como sucedió en este caso, pues la actuación procesal revela cómo a partir de la vinculación mediante indagatoria de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA se cumplió tal cometido y se le brindaron todas las oportunidades legales para que ejerciera en debida forma su derecho de defensa y cómo la omisión cuestionada no ocasionó al procesado ningún perjuicio, y entonces la pretendida irregularidad resulta inocua atendiendo al principio de trascendencia que rige el instituto de la nulidad, criterio que ha sido mantenido por esta Corporación al sostener

que:

“...sólo se vulneran las garantías del imputado cuando por prescindirse de esa comunicación se le priva de la posibilidad de desplegar las maniobras orientadas a su defensa; y de la otra, que en eventos como el de autos, tratándose de la investigación formal, tal derecho-deber se satisface con la oportuna vinculación del sindicado, bien mediante indagatoria o a través de la declaratoria de persona ausente, pues a partir de dicho momento adquiere la condición de sujeto procesal, investido para los fines de su defensa de las mismas facultades del mandatario judicial, conforme lo disponían los artículos 136 y 137 del estatuto procesal bajo el cual se rituaron las diligencias”.⁴

Así las cosas y teniendo en cuenta que en este caso las diligencias preliminares se adelantaron hasta el 23 de marzo de 1999, fecha en la que el Fiscal Regional Delegado 103 del Gaula Bogotá dispuso la remisión del expediente a la Unidad Antiextorsión y Secuestro para que el Fiscal asignado “asumiera la correspondiente instructiva que en contra de Marco Bejarano Aguilera habrá de adelantarse”⁵, al haberse abstenido el ente fiscal de ordenar a través de una resolución la apertura de instrucción, no se configura la causal de invalidación invocada pues la presunta irregularidad se subsanó, como se dijo en párrafos anteriores, con la orden expresa de vinculación mediante indagatoria del sindicado contenida en resolución del 5 de diciembre de 1996, momento a partir del cual MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA estuvo en condiciones de desplegar toda la estrategia defensiva, directamente o a través de su defensor, para exculparse de las imputaciones hechas en la misma, decisión que obviamente y de conformidad con el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), implicaba el inicio de la instrucción pues sólo dentro de ella podía ser decretada tal diligencia.

De otra parte, si el propósito de la defensa era cuestionar la validez de la actuación por la ausencia de la comentada resolución, una vez se produjo la vinculación mediante

indagatoria de MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA, la presunta irregularidad y la consiguiente falta de notificación del referido acto procesal por sustracción de materia, se encontraría saneada por razón del principio de convalidación, según el cual se debe entender subsanada una irregularidad cuando la parte afectada se conforma y no se opone al acto conculcante, convalidación que fue realizada por la entonces defensora al manifestar que:

“...en cumplimiento a la orden emitida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, la fiscalía inicia la etapa preliminar en el presente proceso reconocida... Posteriormente y después de recaudadas las pruebas allí ordenadas sin que se hubiese dado aviso a mi representado de la iniciación de tales preliminares en su contra se ordena a abrir investigación formalmente en marzo 23 de 1999, vista la resolución a folio 78 y diciembre 05 de 1999 ordenando vincular con indagatoria a mi representado”⁷ (Énfasis agregado).

En estas condiciones, la censura no puede prosperar.

4. Casación oficiosa: violación del principio de legalidad de la pena.

4.1. El derecho fundamental de la legalidad de la pena comporta una verdadera garantía para el procesado y también para la sociedad porque en virtud del mismo no se le podrán imponer al acusado penas o restricciones que no hayan sido establecidas previamente a la realización de la conducta punible, ni tampoco superar los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico. Y, porque de su observancia por parte de la jurisdicción se deriva seguridad jurídica para los asociados, tan necesaria para el logro de la convivencia pacífica que es uno de los fines que persigue el Estado Social de Derecho al que se refiere el artículo 1° de la Carta Política de 1991.

4.2. De acuerdo con la normatividad que en materia de la pena accesoria interdictiva del

ejercicio de derechos y funciones públicas que por favorabilidad se imponía aplicar en este caso, esto es, la contenida en el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en casos que guardan identidad con el aquí tratado, para precisar que

“cuando la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se impone como accesoria a la de prisión, su tiempo de duración será igual a ésta, sin que pueda exceder de 10 años, según lo establecen los artículos 44 (modificado por el 28 de la ley 40 de 1993 y luego por el 3° de la ley 365 de 1997) y 52 del Código Penal de 1980 aplicable al caso.

“En relación con este tópico, recientemente la Corte precisó que cuando la pena privativa de la libertad excede los diez años de prisión, no resulta aplicable el artículo 52 del Decreto 100 de 1980. Indicó, además, que, en dicha hipótesis, el artículo 44 ejusdem (modificado por el 28 de la ley 40 de 1993 y luego por el 3° de la ley 365 de 1997), no faculta al juzgador para imponer la interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo menor de diez años, prevalido de la expresión ‘hasta’ allí utilizada.

“La genuina interpretación judicial, dijo la Sala, ‘conduce a entender que si la pena principal es menor de diez años, la accesoria en cuestión será también menor, pero que si la pena principal es de diez años, por ejemplo, también en ese rango será la accesoria, por contera, si la pena principal supera los diez años, por mandato del artículo 44 precitado, la interdicción será de 10 años, límite máximo, porque, la aplicación de las normas (52 y 44 del Código anterior) en cuestión obedece a un criterio sistemático, en virtud del cual, las normas no pueden obrar aisladamente, sino de manera complementaria, en función de un todo, que, por lo mismo, impide aislarlas para su cabal aplicación’ (Cfr. sent. cas. julio 31/03, M. P. Dr. Galán Castellanos. Rad. 15063)”⁸.

4.3. En el asunto tratado, como ya se expresó, el Juzgado Segundo Especializado de

Bogotá en el fallo de 21 de febrero de 2002 condenó al procesado MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA a la pena principal de treinta (30) años de prisión como autor penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo y a la accesoria de veinte (20) años de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas (“artículo 51 de la ley 599 de 2000”), sanción esta última que avaló el Tribunal Superior de Bogotá, pues las modificaciones que introdujo al fallo impugnado no la incluyeron, según se anotó en precedencia.

4.4. Es de tener en cuenta que los artículos 44 y 52 del Código Penal de 1980, vigentes para cuando los hechos génesis de este proceso tuvieron ocurrencia, disponían que la pena de prisión conllevaba la interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal, sin que en ningún caso pudiera superar el límite máximo de diez (10) años, normas que para el presente caso contienen previsiones más favorables al procesado que las incluidas en los artículos 51 y 52 de la ley 599 de 2000, en cuanto dicha inhabilitación puede imponerse durante un lapso máximo de veinte (20) años, y por un tiempo igual al de la pena que accede y hasta por una tercera parte más.

Entonces, si a la pena accesoria impuesta al procesado por los jueces de instancia se le fijó un término de duración de veinte (20) años, es claro que en su tasación desbordaron el límite máximo señalado por la ley vigente por la época de los hechos, y consecuentemente vulneraron el principio de legalidad de la pena, que la Carta Política consagra y garantiza en su artículo 29.

En tales condiciones, a la Sala le surge el deber de introducir el necesario correctivo para mantener su intangibilidad, casando oficiosa y parcialmente la sentencia, con fundamento en la facultad que le otorga el artículo 216 de la ley 600 de 2000, para fijar su duración en un lapso de diez (10) años.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- NO CASAR la sentencia impugnada.

Segundo.- CASAR parcial y oficiosamente la sentencia para fijar a MARCO ANTONIO BEJARANO AGUILERA, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años. Y,

Tercero.- Mantener en todo lo demás la sentencia objeto del recurso de casación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Fl. 82 c.o.3

2 Fl. 114 a 122 c.o. 3

3 Cfr., entre otras, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sents. del 17 de marzo de 2004; 1º de junio y 18 de octubre de 2005, Rads. Nos. 18743, 20612 y 19845, respectivamente.

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. del 22 de noviembre de 2001, Rad.14425

5 Fl.78, c.o. No.3.

6 Fl. 82, c. o. No. 3.

7 Fl. 62 c.o. 4

8 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. del 6 de agosto de 2003, Rad.16680.