

Proceso No 21046

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N° 10

Bogotá, D. C., febrero once (11) de dos mil cuatro (2004).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado FERNANDO FERRO contra la sentencia por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Espinal confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Flandes, que lo condenó como autor penalmente responsable del delito de lesiones personales culposas.

HECHOS

Aproximadamente a las 8:30 de la noche p.m. del 23 de enero de 1999, en la vía que conduce de Espinal a Flandes, colisionaron el vehículo de servicio público de placas SFK-737 conducido por FERNANDO FERRO y la motocicleta de placas EXS-44A guiada por Ana Elisa Santana Flórez, quien se desplazaba en compañía de Omar Ortíz RamírezRamírez. Como resultado de la colisión, los dos ocupantes de la motocicleta resultaron lesionados, , resultando estas dos últimas personas sufrieron lesiones que les ocasionaron, sufriendo a cada uno, incapacidad lesionadas, cada una, con incapacidad

definitiva de sesenta (60) días y como secuelas deformidad física y perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente. , cada una.

ACTUACIÓN PROCESAL

Abierta la correspondiente investigación penal y vinculados al proceso mediante indagatoria FERNANDO FERRO y Ana Elisa Santana Flórez, la Fiscalía 6ª Local de Flandes en decisión del 23 de marzo de 2000, le impuso medida de aseguramiento de caución prendaria a la sindicada Santana Flórez como presunta autora responsable de la conducta punible de lesiones personales culposas de que fuera víctima Omar Ortiz Ramírez, y se abstuvo de aplicar medida de aseguramiento en contra del procesado FERNANDO FERRO.

La medida de aseguramiento dictada contra la señora Santana Flórez fue revocada el 17 de mayo siguientes por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué.

Cerrada la instrucción, el 8 de febrero de 2001 la misma Fiscalía que venía conociendo la investigación al calificar el mérito del sumario, profirió contra la implicada sindicada Ana Elisa Santana Flórez resolución de acusación y medida de aseguramiento de caución prendaria como posible autora responsable del delito de lesiones personales culposas de que fuera víctima Omar Ortiz Ramírez. En la misma oportunidad, precluyó Precluyó la investigación instrucción en relación con el procesado FERNANDO FERRO.

La providencia calificatoria fue recurrida únicamente por la defensora de la inculpada Ana Elisa Santana Flórez interpuso el recurso de apelación contra la providencia calificatoria, reclamando que fuera revocada para que, en su lugar, también se ordenara la preclusión de la investigación en su favor.y en su lugar se ordenara la preclusión.

Een pronunciamiento de fecha 25 de febrero de 2002, dictado por la Fiscalía Quinta

Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué se accedió a las pretensiones de la única impugnante de la manera como fueron planteadas. Sin embargo, la Fiscalía de segundo grado en la misma oportunidad revocó la preclusión que se había dictado en primera instancia a favor del procesado FERNANDO FERRO y, en su lugar, lo afectó le dictó con resolución de acusación en su condición de presunto como autor responsable de la conducta punible de lesiones personales culposas en Ana Elisa Santana Flórez y Omar Ortíz Ramírez.

Correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Flandes Villapinzón adelantar el juicio despacho que, una vez celebrada la audiencia pública, el 219 de octubre marzo de 2002 1999 condenó al procesado por eel cargo objeto de acusación a la pena principal de cuatro veintiocho (428) meses y cuatro (4) días meses de prisión y , suspensión por seis (6) meses de la actividad de conducir, no obstante que por un lapsus habría determinado la de “VEINTICUATRO (24) meses de prisión”, le impuso la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena privativa de la libertad, la obligación de pagar la indemnización de perjuicios correspondientes y declaró que el inculpado es merecedor no se hace merecedor del subrogado de la condena de ejecución condicional.

El fallo anterior fue recurrido únicamente por el defensor del acusado procesado y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Espinal Chocontá el 118 de marzo de 2003 yo de 1999 lo confirmó. , pero modificándolo en el sentido de condenar al acusado a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión en lugar de la de veintiocho (28) meses impuesta por el a quo.

La sentencia del ad quem fue objeto del recurso de casación excepcional que ahora se decide, interpuesto por el defensor del procesado. el cual fue admitido por la Sala en providencia de fecha 31 de mayo de 2000, “únicamente ante la alegada probabilidad de que se hubiera conculcado el derecho fundamental que proscribe la reformatio in

pejus”.

LA DEMANDA

Propugnando por la Planteando la necesidad de garantizar el derecho fundamental al debido proceso de su procurado, el libelista propone dos cargos contra la sentencia de segundo grado, que enuncia y desarrolla de la siguiente manera:.

Cargo primero: violación de la ley sustancial, por error de hecho por falso raciocinio.

El demandante sustenta la inconformidad con la valoración probatoria que hicieran los jueces de instancia sobre las pruebas, pues afirma que para atribuir responsabilidad a su prohijado en la conducta investigada dedujeron exceso de velocidad, conclusión equivocada si al efecto se hubiera tenido en cuenta el dictamen pericial que conceptuó que la velocidad de desplazamiento de FERNANDO FERRO estaba dentro de los límites permitidos por las normas de tránsito.

Critica que la providencia impugnada al valorar el informe suscrito por los agentes de Policía en principio lo desconoció en los aspectos que favorecen al inculpado, con el argumento de haber sido elaborado con posterioridad al accidente, pero lo tuvo en cuenta para deducir que el procesado se desplazaba en contravía justo antes del accidente, debido a que la posición final de los dos vehículos así lo denotaba, desconociendo que lo plasmado en tal documento solo muestra la culminación de un conjunto de sucesos que precisamente se han de debatir dentro del proceso penal, puntos que fueron explicados en debida forma por el agente de Policía que lo suscribió.

Cuestiona la valoración probatoria que se hiciera sobre las declaraciones que corroboran lo relatado por el procesado, las cuales fueron desestimadas en el entendido que si la camioneta conducida por FERNANDO FERRO llevaba un número importante de pasajeros, no se explica por qué sólo uno de ellos hubiese decidido declarar y desatiende la

versión del otro testigo por el hecho de ser el hijo del sindicato, olvidando que tales pruebas se acoplan con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos mientras, de otro lado, le dio credibilidad a la declaración del pasajero de la motocicleta involucrado en la colisión, cuando lo cierto es que las características de la vía, la poca visibilidad y la posición que ocupaba le impedían observar como se desarrollaron los sucesos.

Los jueces de instancia, afirma, desconocieron las valoraciones de la Fiscalía que con base en las pruebas acopiadas concluyó que la colisión se produjo por la invasión del carril promovido por la conducta de la motocicleta, “ya que las víctimas recibieron el impacto por el lado izquierdo” y los “daños de los rodantes corroboran tal versión”.

Por lo anterior, solicita que la sentencia impugnada sea revisada en orden a determinar la violación de la norma sustancial por error de hecho.

Segundo cargo: nulidad por violación al debido proceso.

El libelista propone este reparo de manera subsidiaria, acusando que la sentencia se dictó en proceso viciado de nulidad.

Afirma que al calificarse el mérito del sumario la fiscalía precluyó la instrucción a favor de su prohijado y dictó resolución de acusación contra la procesada Ana Elisa Santana Flórez, pronunciamiento que fue recurrido únicamente por la defensora de la mencionada señora buscando la preclusión también para ella, sin ocuparse de la situación del sindicato FERNANDO FERRO.

Sostiene que la preclusión que favoreció a su defendido no fue recurrida por ningún sujeto procesal con interés jurídico para ello, de manera que la fiscalía de segundo grado carecía de facultad para revisar tal decisión y no tenía competencia para

modificarla como lo hizo, esto es, dictando resolución de acusación contra su defendido.

Por lo anterior, solicita que se decrete la nulidad de la actuación a partir de la providencia calificatoria de segunda instancia.

Primer cargo: causal primera. Violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea de las pruebas.

Manifiesta el impugnante que el Juzgado de segunda instancia al proferir la providencia recurrida infringió el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 247 y 445 del estatuto procesal penal entonces vigente.

Sostiene que las pruebas allegadas al proceso no demostraban que su defendido fuese el responsable de la conducta punible investigada, pues el denunciante si bien se mostró dubitativo sobre la individualización de las personas que lo asaltaron el día de los hechos, al enterarse de la aprehensión de LUIS ALBERTO RIAÑO GIL presentó en la Fiscalía un memorial en el cual manifestó que el retenido, a quien conoce de tiempo atrás, no hacía parte del grupo de personas que cometieron el delito del cual fuera víctima, aseveración que no fue tomada en cuenta por los jueces de instancia.

Comenta que en relación con el testimonio de Pedro Benavides, surgen plurales dudas y en cuanto al informe del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía de Chocontá se puede establecer que RIAÑO GIL se transportaba en el vehículo hurtado, en su casa de habitación se hallaron algunas partes de la motocicleta, pero ello no es prueba indicativa de que él hubiese sido autor del hurto investigado.

Por lo anterior, pide que se case la sentencia declarando que no existe prueba para condenar al procesado.

Segundo cargo: causal primera. Violación directa de la ley sustancial.

Anuncia el libelista que la sentencia impugnada transgrede los artículos 29 y 31 de la [Constitución Política](#) y los artículos 1º, 6, 10, 13 y 17 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de transcribir algunos apartes de pronunciamiento de esta Sala de fecha 13 de julio de 1991, con ponencia del Magistrado Dídimo Páez Velandia, sostiene que el a quo “hizo un raciocinio ceñido a la Ley (Arts. 350, 351 y 67 del C.P.) para determinar el ‘quantum’ de la pena que en su concepto merecía el procesado RIAÑO GIL, en ejercicio de su facultad discrecional de dosificar la pena a imponer, es decir de veintiocho (28) meses de prisión como pena principal; dosificación ajustada a la ley pues no está ni por debajo del mínimo ni por encima del máximo de pena señalada por el legislador para este tipo penal por el cual se condenó a mi patrocinado.”

Y agrega “Mal hace el ad quem en modificar la sentencia porque si bien le parece baja, ésta se encuentra dentro del marco legal (Arts. 350 y 351 del C. P.) y tiene que respetarse la discrecionalidad del a quo consagrada en los arts. 230 de la C.N. y 67 del C.P.”

Sin ningún otro argumento solicita que se case el fallo impugnado declarando que se tenga en cuenta la pena fijada por el a quo y como consecuencia de lo anterior, se le conceda a su defendido la condena de ejecución condicional por reunir los requisitos señalados en el artículo 68 del Código Penal entonces vigente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El La Procuradora Cuartoa Delegadoa para la Casación Penal al ocuparse de los dos cargos formulados por el demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal Penal del Circuito de EspinalChocontá, es del criterio que el segundo reparo debió proponerse como principal con sujeción al principio de prioridad, por involucrar una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, pero reconoce que tal equivocación el hecho de que el libelista hubiera equivocado el orden en que

propuso el ataque no es obstáculo para examinarlo primeramenteprimeramente y por ello procede a emitir concepto de la manera siguiente:.

Segundo cargo:Primer cargo: nulidadnulidad . por violación al debido proceso.

En opinión del Procurador Delegado, Eel reparo está llamado a prosperar, en opinión del Procurador Delegado, ante el ostensible desconocimiento en que incurrió el fiscal de segunda instancia de la limitante de competencia prevista en el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 84 de la Ley 81 de 1993, norma vigente cuando se calificó el mérito del sumario en primera instancia y para cuando se concedió el respectivo recurso de apelación, y que impedía al superior pronunciarse sobre aspectos no impugnados fuera de los aspectos impugnados, so pena de desconocer, también, el principio fundamental de la doble instancia.

Enseguida recuerda que es abundante la jurisprudencia de esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que aún cuando es verdad que en el momento de la acusación el superior no está sujeto a la prohibición de la reforma en perjuicio, en tratándose del recurso de apelación la ley le impone un límite de acuerdo con el cual únicamente puede pronunciarse sobre los aspectos cuestionados y aquellos que se vinculen de manera inescindible a estos.

Lo anterior porque el recurso de apelación está sometido al interés jurídico del impugnante, y por tanto supeditado a su iniciativa, razón por la cual la competencia del funcionario de segunda instancia por el factor funcional se halla restringida a la revisión exclusiva y única de los asuntos propuestos por el recurrente, excepción hecha de la facultad de corregir irregularidades sustanciales a través de la nulidad por su naturaleza oficiosa.

Bajo este contexto afirma que si el superior se pronuncia sobre aspectos no comprendidos en la impugnación, o no vinculados inescindiblemente a los motivos en que se funda la

inconformidad, se debe admitir que éstos, por ausencia de una manifestación expresa en la resolución de primera instancia, no pudieron ser controvertidos por el apelante o los sujetos procesales distintos a éste que resulten afectados con la nueva determinación, y por consiguiente una decisión así proferida afectará las garantías fundamentales de aquellos por cuanto estaría desprovista de la doble instancia constitucionalmente establecida.

En este caso, expresa el Procurador Delegado, tal como lo alegó el actor, esbozó el actor, fue justamente lo que ocurrió, toda vez que la resolución calificatoria del mérito del sumario de fecha 8 de febrero de 2001 contenía dos decisiones diversas, a saber: preclusión de investigación a favor de FERNANDO FERRO y acusación contra la señora Ana Elisa Santana Flórez, en relación con quien la defensora de ésta apeló el pliego de cargos, para que la segunda instancia lo revocara y le precluyera la investigación, y a pesar de que la argumentación de la impugnante se fundó en atribuir responsabilidad del suceso investigado al otro procesado, la recurrente carecía de interés jurídico para perseguir el cambio de la decisión que lo favorecía.

Así las cosas, el Fiscal de segunda instancia, no obstante conceder la razón a la apelante, debió dejar incólume la situación del vinculado FERNANDO FERRO, ya que al acusarlo en esa sede, sin que otro sujeto procesal hubiera impugnado esa decisión, “no sólo desconoció el límite de competencia impuesto por el artículo 217” del estatuto procesal penal, “sino que igualmente vulneró la garantía constitucional de la doble instancia”, situación que constituye una irregularidad sustancial que socava las bases fundamentales del debido proceso, que únicamente puede ser remediada a través de la nulidad.

Por lo anterior, solicita que se case la sentencia impugnada, declarando la nulidad parcial de todo lo actuado a partir de la acusación de segunda instancia de fecha 25 de febrero de 2002 en relación con el procesado FERNANDO FERRO, dejando en firme la

preclusión de la instrucción que respecto del delito de lesiones personales culposas se había proferido en primera instancia.

Primer cargoSegundo cargo: violación de la ley sustancial transgresión de la ley sustancial, por error de hecho por falso raciocinio..

Manifiesta el Procurador Delegado que la argumentación que ofrece el libelista en este reparo carece de precisión y claridad, como quiera que no se logra comprender la clase de vicio en que pudo incurrir el juzgador de segundo grado, esto es si en error de hecho por falso juicio de identidad, de existencia o raciocinio en relación con los medios de prueba mencionados.

Tampoco distingue cuál o cuáles fueron las normas sustancialmente infringidas a través de yerros probatorios, y mucho menos se observa cuál fue el sentido de la transgresión si por falta de aplicación o aplicación indebida de determinado precepto sustancial.

Bajo tales falencias el cargo no puede prosperar.

en relación con el primero formulado por violación indirecta de la ley sustancial, debido a error de hecho en la valoración probatoria, el actor carece de legitimidad para invocarlo, en consideración a que tratándose de la casacional excepcional la Corte la admitió única y exclusivamente en relación con la transgresión de la garantía fundamental de la no reformatio in pejus, razones por las cuales este reparo adquiere la categoría de único cargo materia de impugnación.

Al ocuparse de la violación directa de la garantía de la prohibición de la reforma en perjuicio considera que si bien el demandante escogió la vía correcta, esto es la causal primera por violación directa de la ley, desacertó tanto en el planteamiento como en el desarrollo del cargo.

Lo primero, porque simplemente se quedó en la enunciación de la censura, aunque para intentar demostrar la violación de la garantía de la no reforma peyorativa dentro de las normas citadas, relacionó el artículo 31 de la [Constitución Política](#) y el artículo 17 del estatuto procesal penal entonces vigente, “no indicó la forma como se produjeron los yerros que llevaron a su vulneración, olvidando así que no basta precisar la norma sustantiva que se estima quebrantada, ya que lo que corresponde, tratándose de la violación directa de ley sustantiva, es ubicar y destacar el posible yerro por parte del fallador y principalmente acreditar su incidencia en la sentencia.”

Y lo segundo, porque con una precariedad demostrativa, simplemente transcribió algunos apartes de los fallos de instancia, pero en manera alguna se detuvo a indicar cómo llegó el ad quem al aumento de la pena de su defendido, violando la reforma en perjuicio. También incluyó el artículo 29 de la [Constitución Política](#) y los artículos 1, 6, 10 y 13 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, sin explicar de qué manera resultaron también violados bien por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea y que relación tenían con la agravación de la pena.

Pone de presente que si el actor hubiera atendido las exigencias técnicas y argumentativas no hubiera pasado por alto las consideraciones del Juzgado Penal del Circuito de Chocontá relacionadas con las circunstancias agravantes previstas en los numerales 6°, 9° y 10° del artículo 351 del Decreto 100 de 1980, y el numeral 1° del artículo 372 ejusdem, que tuvo en cuenta para redosificar la pena y aumentarla así a 40 meses de prisión, para identificar si allí estuvo el error, por cuanto si lo hubiera detallado, seguramente habría observado que la agravante de la cuantía no era posible tenerla en cuenta no sólo porque en la resolución de acusación no fue imputada, sino que tampoco resultaba aplicable dada la actualización de la cuantía, teniendo en cuenta el factor 18.83 en relación con el salario mínimo mensual vigente para 1998 época de los hechos, el cual arrojaría un valor de \$3.838.043, suma en extremo superior a la estimación del bien hecha por el denunciante de \$2.800.000.

A las deficiencias anteriores se suma que el libelista solicita casar la sentencia para que se vuelva a tener en cuenta lo ordenado por el juez de primera instancia y conceder a su defendido el subrogado de la condena de ejecución condicional, fusionado así indebidamente sus pretensiones, cuando debió en aras de la claridad y precisión, también mediante un cargo separado abordar lo relacionado con el subrogado en cuestión.

Debido a las deficiencias técnicas y argumentativas atrás relacionadas, solicita que el único cargo materia de examen no está llamado a prosperar.

Pero en consideración a que con el fallo de segunda instancia se vulneró al procesado la garantía fundamental de la prohibición de la reforma peyorativa, consagrada en el artículo 31 de la Carta Política, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 228 del estatuto procesal penal entonces vigente, hoy artículo 216 de la Ley 600 de 2000, solicita que la Corte case parcialmente la sentencia para que mediante el fallo de reemplazo se restaure la garantía fundamental vulnerada.

En torno a la transgresión de la no reforma en perjuicio, sostiene que como quiera que el procesado fue apelante único y que frente al fallo de primera instancia la Fiscalía y el Ministerio Público guardaron silencio, mostrando así conformidad con lo decidido, no podía el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá pretextando el principio de legalidad de la pena incrementar de 28 a 40 meses de prisión la pena privativa de la libertad finalmente impuesta al sindicado, error al que adicionó la circunstancia agravante de la cuantía del artículo 372 del Código Penal entonces vigente, porque como ya se anotó no resultaba aplicable, según los factores establecidos en la sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996 de la Corte Constitucional.

Al proceder el juez de segunda de la manera indicada, transgredió la prohibición de la reforma peyorativa, y luego de otros comentarios, reitera la solicita para que la Sala case oficiosa y parcialmente la sentencia de segunda instancia y declare que no

procede el aumento punitivo hecho por el ad quem.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero: causal primera. Violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria.

Tiene razón el la Procuradora Delegadoa cuando expresa que el demandante debió proponer como principal el cargo de nulidad en atención al principio de prioridad, desacierto técnico que no impide estudiarlo en ese orden, pues de prosperar el vicio de actividad denunciado torna innecesario ocuparse del error de juicio a que se refiere el primer reparo, no obstante las precisiones que adelante se harán.

Por ello se abordará de inmediato el segundo de reparos formulado, se repite, al amparo de la causal tercera de casación.

Segundo cargo: nulidad por violación al debido proceso.

Manifiesta el libelista que la sentencia impugnada se dictó en proceso viciado de nulidad, debido a que al calificarse en primera instancia la instrucción la fiscalía dictó preclusión a favor de su prohijado FERNANDO FERRO y profirió resolución de acusación contra la procesada Ana Elisa Santana Flórez, pronunciamiento este recurrido únicamente por la defensora de la mencionada señora.

La preclusión de la instrucción no fue apelada por ningún sujeto procesal con interés para ello, sin embargo la fiscalía de segunda instancia al resolver la apelación exclusivamente interpuesta por la defensora de la sindicada Santana Flórez, accedió a sus pretensiones y revocó la acusación proferida en su contra, pero sin competencia para ello procedió a dictar resolución de acusación contra el procesado FERNANDO FERRO, revocando de esta manera la preclusión que lo había

favorecido en primera instancia.

Por tanto, solicita que se decrete la nulidad de la actuación a partir de la resolución calificatoria de segunda instancia.

En la fundamentación del reproche la razón está de parte del libelista, como también con acierto lo señala expresa el Procurador Delegado.

Ante todo es de ver que de conformidad con lo previsto en el artículo 440 del Decreto 2700 de 1991, artículo 396 de la Ley 600 de 2000, cuando la providencia calificatoria contiene acusación y preclusión se notificará en la forma prevista para la resolución de acusación. Y si esa es impugnada, la competencia del superior está limitada a los puntos de inconformidad propuestos por el recurrente o los que estén inescindiblemente vinculados como enseguida pasa a verse, sin que la competencia funcional lo habilite para ocuparse de la preclusión si esta no ha sido recurrida por sujeto procesal con interés jurídico para ello.

Efectuada la anterior precisión, aclaración anterior, se tiene que de conformidad con lo previsto en el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 84 de la Ley 81 de 1993, norma vigente cuando se calificó la instrucción en primera instancia y se concedió el recurso de apelación, al igual que de acuerdo con lo establecido en la preceptiva del artículo 204 de la Ley 600 de 2000, disposición aplicable cuando se dictó la providencia calificatoria de segunda instancia, tratándose del recurso de apelación la competencia del superior está limitada únicamente sobre los aspectos cuestionados y aquellos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, salvo la nulidad por su naturaleza oficiosa.

Ello se Lo anterior se explica por la naturaleza de los recursos, pues mientras en la apelación, la competencia del superior tiene carácter limitado, en cuanto sólo puede revisar aquellos aspectos que son objeto de impugnación o los

imprescindiblemente vinculados, en la consulta, la competencia es de plena justicia e ilimitada.

Esta limitante de competencia es aplicable a los autos interlocutorios como la resolución de acusación, en la medida que para efectos del conocimiento del superior por virtud del recurso de apelación, son los argumentos de la apelación los que determinan el alcance de su pronunciamiento, pues como lo tiene dicho y reiterado la jurisprudencia de la Sala:

“... el proceso penal es, en esencia, escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita la potestad de investigar, juzgar y sancionar la realización de conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de modo arbitrario, pues la ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas deben sujetarse las actuaciones del Fiscal, del Juez y de las partes, siendo esta la manera en que ordena el desarrollo procesal, el cual, adicionalmente, ha de encontrarse permanentemente ceñido a los principios y valores impuestos por la Carta Política, como presupuesto de validez de los actos del proceso.

El derecho de acceder a la segunda instancia tiene fundamento constitucional, en cuanto integra la noción de debido proceso, de acuerdo con las previsiones y excepciones que al respecto establezca la ley, de manera que no se restringe solamente a las sentencias judiciales sino que también cubija a las providencias interlocutorias distintas de aquellas, como así se establece del principio previsto por el artículo 18 de la ley 600 de 2000.

A tenor de la normativa procesal derogada, contenida en el Decreto 2700 de 1991 y la hoy en día vigente- ley 600 de 2000- , el recurso de apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no sólo debe ser interpuesto oportunamente, sino, también, sustentado por escrito ante la primera instancia, de manera que la

fundamentación de la apelación, se constituye en acto trascendente en la composición del rito, pues no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto y no se abre a trámite la segunda instancia, pues en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.

Así, entonces, la sustentación de la apelación es carga para el impugnante y constituye presupuesto ineludible para acceder a la segunda instancia, pero una vez cumplido el requisito, la fundamentación expuesta en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, según lo disponía el artículo 217 del Código de procedimiento penal y ahora el artículo 204 de la ley 600 de 2000. La sustentación, en otras palabras, fija el marco de examen y pronunciamiento sobre la cuestión debatida al funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

De manera que si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del ad quem, y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones a que arribó el a quo, resulta evidente la relación de necesidad que se produce entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del funcionario judicial de segunda instancia. Por tanto, providencia apelada y recurso, conforman una tensión que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el funcionario judicial de integrar a la estructura de su decisión la exposición del punto que se trata y los fundamentos jurídicos de ella.

Este criterio de la Sala, referido a la restringida competencia del superior cuando del recurso de apelación se trata, ha sido reiterado en varios pronunciamientos entre los que merecen destacarse los proferidos el 25 de marzo de 1999 con ponencia del Magistrado Mejía Escobar, y el 9 de marzo de 2000 con ponencia del Magistrado Pinilla Pinilla, en el último de los cuales se indicó que a diferencia del grado jurisdiccional de la consulta que se inspira en el interés general, tiene carácter imperativo, y la competencia del superior es plena e ilimitada, los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés del impugnante y la competencia por el factor funcional es limitada. De acuerdo con su albedrío, las partes pueden recurrir y el ad quem sólo revisa los aspectos que son materia de impugnación.

Más recientemente, y ya en vigencia del nuevo estatuto procesal, en auto de segunda instancia proferido el dieciocho de diciembre de dos mil uno con ponencia del Magistrado GOMEZ GALLEGO dentro del proceso de radicado 18290-18575, indicó la Corte, que con respecto a la resolución de acusación si bien es cierto el superior no está sujeto a la prohibición de reformatio in pejus, pues este principio rige sólo para la sentencia, también lo es que tiene una limitación funcional en el sentido de que solamente puede revisar los aspectos impugnados u otros sustancialmente vinculados a éstos (artículo 217 C. P. P. de 1991 o artículo 204 C. P. P. de 2000). De pronunciarse sobre aspectos no comprendidos en la impugnación o respecto de aquellos no vinculados inescindiblemente a los motivos en que se funda el disenso, tendría que admitirse que éstos, por ausencia de una manifestación expresa al respecto en la resolución de primera instancia, no pudieron ser controvertidos por el apelante, y entonces los mismos carecerían de la doble instancia constitucionalmente garantizada (Const. Pol., art. 31; C. P. P./91, art. 16 y C. P. P./2001, art. 18).

De manera que la exigencia de sustentación obligatoria del recurso de apelación,

conforme con el artículo 215 del Código de procedimiento penal de 1991 (artículo 194 del actual), tiene como fin delinear el objeto de la segunda instancia, de tal suerte que ésta no pueda pronunciarse sobre asuntos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad (por su naturaleza oficiosa) y los aspectos inescindiblemente vinculados a la impugnación.

De modo que si el ordenamiento jurídico hace obligatoria la sustentación del recurso de apelación, hasta el extremo de amenazar con la deserción del mismo, correlativamente debe entenderse que la segunda instancia no puede desbordar los motivos de agravio o los elementos a los cuales puede extenderse legalmente la definición, pues, si lo hace, violaría los principios de contradicción, defensa y doble instancia, integradores del apotegma más genérico denominado debido proceso, por cuanto el delito agregado por el funcionario de segundo grado, así tenga sustento fáctico, habría pretermitido la primera instancia.

.....

Esto por cuanto, atendiendo el carácter progresivo que nuestro sistema ostenta, la apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no ha sido instituida a manera de un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto por el a quo, sino como instrumento de control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por los funcionarios de primer grado, limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte que a dicho mecanismo acude, manifieste inconformidad.

Y si bien esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto en modo alguno indica que en todos los casos la impugnación verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, pues, como párrafos arriba se ha dejado expuesto, es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario de alzada. Entenderlo de manera diversa conllevaría reconocer que la exigencia de interponer

oportunamente el recurso y sustentarlo frente a los motivos de disenso, constituye apenas la apertura de una vía de acceso sin limitación ninguna para el funcionario de segundo grado, lo cual repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio¹.

Así las cosas, si el superior se pronuncia sobre aspectos no comprendidos en la impugnación o no vinculados inescindiblemente con el objeto de inconformidad propuesto por el apelante, o se ocupa de la situación jurídica de quien no recurrió para agravarla cuando sujetos procesales con interés jurídico no impugnaron, un pronunciamiento así concebido afecta las garantías fundamentales de contradicción, defensa y doble instancia, integradoras todas ellas del debido proceso.

carece de interés para invocar el mencionado reparo, tratándose de la casación excepcional que le fuera concedida por la Corte, en auto de fecha 31 de mayo de 2000, bajo el imperio del Decreto 2700 de 1991, “únicamente ante la alegada probabilidad de que se hubiera conculcado el derecho fundamental que proscribe la *reformatio in pejus*.”

En punto de esta temática, la Sala tiene establecido y ahora reitera, que “tratándose de la casación excepcional, los ataques formulados en la correspondiente demanda deben referirse de manera necesaria e ineluctable a los motivos por los que fue admitida, que no pueden ser diversos, al tenor de la preceptiva que regulaba dicho instituto en el anterior Código de Procedimiento Penal (artículo 218, modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993), como también acontece con el estatuto procesal actual (artículo 205 de la Ley 600 de 2000), al desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

“En otros términos, los cargos finalmente erigidos contra la sentencia de segunda instancia deben corresponder a los supuestos por razón de los cuales la Corte, en ejercicio de la discrecionalidad que el legislador le otorga, estimó necesario permitir que

a la casación se accediera en el caso concreto a pesar de estar excluida la común u ordinaria, atendida la categoría del funcionario judicial que dictó la sentencia de segunda instancia o el límite máximo de la pena privativa de la libertad prevista para el delito por el cual se adelantó el respectivo proceso.

La anterior exigencia, no sobra advertir, se afianza porque de permitirse el desbordamiento de tales motivos, traducido en la presentación de censuras distanciadas o ajenas a las causas que determinaron la admisión del recurso, no sólo se desnaturalizaría el medio de impugnación excepcional, sino que también le haría perder su específica finalidad”2.

En pronunciamientos más recientes ha considerado que las razones que aduce el demandante para persuadir a la Corte sobre la necesidad de admitir la demanda, deben guardar correspondencia con los cargos que formule contra la sentencia. Lo anterior porque no podría entenderse cumplido el requisito de sustentación, de manera que si se reclama el pronunciamiento de la Sala sobre un específico tema o la protección de los derechos fundamentales, es apenas elemental que la censura le permita a esta corporación examinar en concreto uno o los dos puntos que la habilitan. En otras palabras, debe haber perfecta conformidad entre el fundamento de la casación excepcional (desarrollo de la jurisprudencia y/o protección de garantías fundamentales), el cargo o los cargos que se formulen contra el fallo y, por consiguiente, el desarrollo de los mismos3

Como quiera que la Sala en ejercicio de su facultad discrecional admitió la solicitud de casación excepcional elevada por el defensor del procesado exclusivamente ante la probabilidad de que se hubiera conculcado el derecho fundamental de la prohibición de la reforma peyorativa (artículo 31 de la Constitución Política), punto que demarcaba la

intervención del actor a través de la demanda, la censura que presentó en razón de posibles errores en la apreciación probatoria que llevaron a los jueces de instancia a condenar a su defendido como autor penalmente responsable del delito de hurto calificado agravado, por no guardar correspondencia con los fundamentos de la casación discrecional que le fuera admitida, impiden su consideración en esta sede.

Con fundamento en las consideraciones precedentes este cargo se desestimará.

Cargo segundo: violación directa de la ley sustancial.

Plantea el demandante que la sentencia proferida en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá transgrede los artículos 29 y 31 de la Constitución Política y los artículos 1°, 6°, 10, 13 y 17 del Decreto 2700 de 1991.

En desarrollo del reparo afirma, en lo esencial, que el ad quem no podía incrementar la pena en la forma como lo hizo pretextando que le pareció baja, pues la tasación que realizó el a quo se hallaba bajo los marcos legales.

Por tanto solicita que se case el fallo impugnado para que impere la pena fijada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón y como consecuencia de lo anterior, se le conceda al procesado la condena de ejecución condicional por reunir los requisitos previstos en el artículo 68 del Código Penal vigente para el momento de dictarse la sentencia.

En punto a la técnica en casación la Sala ha sostenido que “responde a unos rasgos característicos del recurso, como que constituye una fase extraordinaria en la que se enjuicia la legalidad de la sentencia; es de carácter rogado porque la Corte extiende su estudio nada más que a la temática propuesta en el estricto introductorio –la demanda-, sin que tenga permitido subsanar las omisiones o deficiencias que se adviertan, según lo señala el principio de limitación.

“Pero el rigor técnico no puede constituirse en una camisa de fuerza que impida advertir, luego de depurar las exigencias formales que exige la ley, en aras de alcanzar los cometidos concebidos para este medio extraordinario de impugnación, que en efecto aparece en el libelo sustentatorio la postulación de un ataque casacional apto para inducir a la Corte a la constatación de si la sentencia demandada fue respetuosa o no de la juridicidad. Ya se había dicho en otra ocasión que la ‘técnica de la casación no puede apreciarse como un fin en sí mismo, pues, desprovista del loable propósito de realizar el derecho sustancial, a través del examen de la legalidad del fallo de segunda instancia, sería un instrumento ciego al servicio de una justicia burocrática y en perjuicio de los cometidos que la misma ley le señala a la institución’ (sentencia del 28 de julio de 2000, radicación 12.223, con ponencia de quien hoy cumple la misma tarea)”⁴.

Es cierto como lo afirmara la Procuradora Delegada que en la postulación del cargo que motivó la admisión de la casación excepcional (la conculcación del derecho fundamental de la prohibición de la reformatio in pejus), el demandante no fue lo suficientemente claro en precisar el sentido de la violación de la ley sustancial y que citó algunos preceptos que nada tienen que ver con tal garantía como lo fue el artículo 10° del estatuto procesal penal vigente cuando no se trataba de un problema de tránsito de legislación, pero lo trascendente es que la argumentación en su contexto no deja duda acerca del enjuiciamiento que se le hizo a la legalidad de la sentencia impugnada de violar el derecho fundamental establecido en el artículo 31 de la Carta Política y el artículo 17 del Decreto 2700 de 1991, en la medida que tratándose el procesado de apelante único su situación resultó más gravosa, como adelante se verá.

En relación con el único cargo formulado por el demandante contra la sentencia impugnada, plena razón le asiste en lo que tiene que ver con la técnica y parcialmente en cuanto a la fundamentación del mismo.

En efecto, en cuanto a lo primero la jurisprudencia de la Sala tiene definido que la “prohibición de la reforma en peor es de contenido sustancial, y que su inobservancia, por tanto, debe ser alegada por la vía de la causal primera, y no de la tercera”⁵.

En cuanto a lo segundo, el principio de la prohibición de la reforma peyorativa es una garantía fundamental para el apelante único, en punto de obviar que el superior agrave su situación. Por tanto, su quebranto en el ámbito de la casación exige que el ad quem haya desmejorado la situación del procesado al proferir el fallo de segundo grado, cuando no mediaba impugnación de otro sujeto procesal con interés jurídico y siempre y cuando se hubiera respetado el principio de legalidad, según criterio mayoritario de la Sala.

Pues bien, en relación con la temática de fondo, se tiene que de autos surgen suficientemente acreditadas las siguientes circunstancias procesales:

En el asunto tratado, se demuestra lo siguiente:

La Fiscalía 6ª Local de Flandes al calificar en primera instancia el mérito de la instrucción, asumió adoptó las siguientes determinaciones: (i) profirió resolución de acusación contra la sindicada Ana Elisa Santana Flórez, como presunta autora responsable del delito de lesiones personales culposas; y (ii) precluyó la instrucción a favor del sindicado FERNANDO FERRO en relación con la misma conducta punible.

La acusación que se asumió en la mencionada resolución fue apelada únicamente por la defensora de la señora Santana Flórez, quien la sustentó con argumentos que la llevaron a pedirle al superior funcional “orden de precluir la presente instrucción a favor de mi patrocinada ANA ELISA SANTANA FLÓREZ, por estar demostrado suficientemente que no es la responsable del accidente de tránsito aquí investigado.”, luego de lo cual concluyó Y concluyó: “En los anteriores términos dejo sustentado el recurso interpuesto.”

La Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué en proveído de fecha 25 de febrero de 2002 resolvió la apelación interpuesta y al atender favorablemente las pretensiones de la recurrente revocó la resolución de acusación proferida contra la procesada Ana Elisa Santana Flórez y en su lugar dispuso la preclusión de la instrucción a su favor “pues de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del C. de P. Penal está probado que no cometió el hecho investigado.”

No obstante que la preclusión de la instrucción con que en primera instancia se favoreció al coprocesado FERNANDO FERRO no fue recurrida por ningún la recurrió ningún sujeto procesal con interés jurídico para ello, y la misma por disposición mandato de la ley no estaba sujeta al grado jurisdiccional de consulta, el funcionario de segunda instancia procedió a su revocatoria para, la revocó y, en su lugar, profeririríó resolución de acusación contra dicho sindicado, a partir exclusivamente del siguiente magro argumento:basado exclusivamente en lo siguiente:

“Por encontrarse reunidos a satisfacción los presupuestos procesales y sustanciales exigidos por el artículo 397 del C. de P. Penal, en virtud de que la prueba es indicativa de la responsabilidad penal en contra de FERNANDO FERRO, se procede a REVOCAR la preclusión de la instrucción proferida a su favor y en su defecto, dictar en su contra RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN como presunto autor de la conducta punible de lesiones personales culposas”.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón en fallo de 19 de marzo de 1999 condenó a LUIS ALBERTO RIAÑO GIL a la pena de 28 meses de prisión, no obstante que por un lapsus en la parte resolutive adujo la de “VEINTICUATRO 24” meses de prisión, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de hurto calificado agravado.

En relación con la calificación jurídica y la pena a imponer, expresó:

“CALIFICACION JURÍDICA DE LOS HECHOS Y DE LA SITUACIÓN DEL PROCESADO.

La conducta por la que se ha procedido, encuentra adecuación típica en lo descrito por el legislador en el art. 349 y 350 num. 2 del Libro segundo, Título XIV, capítulo primero del Código Penal, agravada por haber sido cometida sobre vehículo automotor y que señala como sanción pena de prisión de dos a ocho años, o sea hurto calificado y agravado por lo que se aumenta en una sexta parte según señala el art. 351 ibídem y a ella está sujeto el ciudadano LUIS ALBERTO RIAÑO GIL, como autor.

PENA A IMPONER AL PROCESADO.

Para dosificar la sanción a que es acreedor RIAÑO GIL, se parte del mínimo, pues no se presentan antecedentes, o sea de dos (2) años y se aumenta en una sexta parte o sea cuatro (4) meses para un total a imponer de dos (2) años y cuatro (4) meses o un total de VEINTIOCHO (28) meses de prisión.”

La providencia anterior fue impugnada únicamente por el defensor del procesado quien buscando una mejor condición procesal para su defendido, solicitó la revocatoria de la sentencia condenatoria y en forma subsidiaria el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

El Juzgado Penal del Circuito de Chocontá en pronunciamiento del 18 de mayo de 1999 al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor modificó la providencia impugnada, en el sentido de condenar al procesado a la pena de cuarenta (40) meses de prisión en lugar de la de veintiocho (28) meses impuesta por el a quo. Al ocuparse de la nueva dosificación punitiva consideró:

“(…), este despacho deberá glosar oficiosamente y de acuerdo con la facultad que le otorga el art. 29 de la Constitución, que trata de la ‘legalidad de la pena’, y sin que ello implique desbordamiento alguno a las previsiones del art. 217 del C. de P. P., considerándose que el señor defensor del sindicado es apelante único, e igualmente habida consideración el observar que la dosificación punitiva se encuentra

deficientemente surtida al haberse dejado de lado las circunstancias de agravación punitiva de que trata el art. 351 numerales 6, 9 y 10, conforme se tuvieron en cuenta en la resolución de acusación (fl.165), y la circunstancia genérica de agravación de que trata el art. 372 del C.P. num. 1°, por razón a la cuantía del ilícito que fue de DOS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS en los que estimó el ofendido el valor del motociclo hurtado...”

Por lo anterior, concluyó:

“De acuerdo con los parámetros anteriores, procederá el Despacho a dosificar en debida forma la pena que le puede corresponder al sindicado LUIS ALBERTO RIAÑO GIL, así: Como quiera que pese a que se han hecho imputaciones en contra de este sindicado de pertenecer a una banda de asaltantes no se allegó al informativo constancia de antecedente alguno y menos de sentencia condenatoria por delito intencional o doloso en su contra, por lo tanto se partirá del mínimo de que trata el Art. 350 del C.P., en su numeral 1°, por cuanto se trató de un delito cometido ‘con violencia sobre las personas’, esto es, DE VEINTICUATRO MESES DE PRISIÓN; esta pena será aumentada en OCHO MESES más teniéndose en cuenta las circunstancias de agravación específica de que trata el art. 351, numerales 6, 9 y 10, éstas, por cuanto la acción tuvo lugar sobre vehículo automotor, de noche y en lugar despoblado y solitario, y por más de dos personas que concertaron cometer el hecho; esta resultante será aumentada en OCHO MESES más, de conformidad con la circunstancia de agravación genérica de que trata el art. 372-1 del C.P., en razón a la cuantía del ilícito, para imponerse finalmente una penalidad de CUARENTA (40) MESES DE PRISIÓN”.

La secuencia procesal que viene de incluirse es claramente indicativa de que o anterior demuestra que la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué el

Juzgado Penal del Circuito de Chocontá al revocar la preclusión de la instrucción que en primera instancia se había proferido a favor del sindicado se dictó a favor del sindicado FERNANDO FERRO, para en su lugar proferir en su contra resolución de acusación, cuando aquella determinación no fue impugnada por sujeto procesal con interés jurídico para ello, desconoció el límite de su competencia funcional impuesto por el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, artículo 204 de la Ley 600 de 2000, al igual que transgredió los principios de contradicción, defensa y doble instancia, insitos en constitutivos del derecho fundamental del debido proceso.

Y si ello es así, no queda camino diferente a seguir que reconocer la consecuencia procesal que tal irregularidad apareja, que no es otra que la declaratoria de nulidad parcial del trámite cumplido desde el momento en que se presentó la irregularidad sustancial, para proceder al restablecimiento de la vulnerada garantía.

, fijar la pena impuesta al procesado transgredió la prohibición de la reformatio in pejus, pues tratándose de apelante único no podía desmejorar la situación del recurrente y mucho menos pretextando el principio de legalidad el cual no se había conculcado en primera instancia, pues aunque la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de Villapinzón no constituye ejemplo de claridad y precisión allí se tuvo en cuenta el artículo 351 del Decreto 100 de 1980 que se refería a las circunstancias específicas de agravación del delito de hurto, razón por la cual la pena mínima se incrementó en cuatro (4) meses.

Ahora bien, en cuanto a la consideración de que la dosificación de la pena se encontraba “deficientemente surtida” en relación con las circunstancias específicas de agravación del delito de hurto calificado, al no mediar la impugnación de sujeto procesal con interés jurídico, al ad quem le resultaba equivocado invocar el principio de legalidad de que se valió para incrementar la pena en cuatro (4) meses más por encima de lo que había estimado el a quo.

Al margen de lo anterior, el fallo impugnado incurrió en otro desacierto al adicionar la circunstancia de agravación genérica establecida en el numeral 1°, artículo 372 del Código Penal vigente para cuando se profirió la sentencia, la cual no resultaba aplicable, pues como bien lo señala la Procuradora Delegada, además de no haber sido imputada en la resolución de acusación, resultaba inaplicable para el caso tratado, puesto que utilizando el factor 18.83 de actualización de la cuantía respecto del salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos (1998), según la sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996 de la Corte Constitucional, existente y por tanto conocida para la fecha del fallo -mayo 18 de 1999-, arrojaría \$3.838.043 ($\$203.826 \times 18.83 = \$3.838.043$), suma que sobrepasa la estimación de \$2.800.000 que el denunciante hizo sobre el bien hurtado.

Por lo anterior, resulta evidente que el ad quem redosificó la pena impuesta al procesado, a pesar de que era apelante único, violando la prohibición de la no reforma en perjuicio establecida en el artículo 31 de la Constitución Política y artículo 17 del Decreto 2700 de 1991 vigente cuando se dictó el fallo, garantía que debe ser restablecida casando parcialmente la sentencia impugnada al prosperar este l único cargo formulado por el demandante con las precisiones antes indicadas.

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación proferida en segunda instancia en contra del procesado FERNANDO FERRO, de fecha febrero 25 de 2002, de segunda instancia de fecha 25 de febrero de 2002 en relación con el procesado FERNANDO FERFRO, decisión que en forma simultánea, deja materialmente ejecutoriada la decisión preclusiva que adoptada por la fiscalía de primera instancia al calificar el mérito de la investigación que se adelantaba por el delito de lesiones culposas.

Por las razones que vienen de consignarse, el cargo por nulidad prospera e impone la adopción en la parte resolutive de los anunciados correctivos procesales.

Primer cargo: violación de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio.

quedando en firme la preclusión de la instrucción que respecto del delito de lesiones personales culposas se profirió en su favor en primera instancia.

Es de meridiana claridad concluir que en razón de la prosperidad del cargo por nulidad, deviene innecesario el estudio de la segunda de las censuras, torna innecesario ocuparse del segundo reparo propuesto por el libelista, bajo el entendido de corresponder a la causal primera, cuerpo segundo del numeral 1° del artículo 207 del estatuto procesal penal, no sin advertir con criterio eminentemente metodológico y por razón de la labor pedagógica que también le compete a la Sala, que suficiente razón le asiste al procurador Judicial, en el señalamiento de las deficiencias de que adolece dicho reparo.

que le asiste razón al Procurador Judicial en las deficiencias técnicas que ofrece tal reparo. Será vigente la pena impuesta en la primera instancia, esto es, la de veintiocho (28) meses de prisión.

Cabe anotar que el demandante fusionó indebidamente sus pretensiones, cuando solicitó casar la sentencia para que se vuelva a tener en cuenta lo ordenado por el juez de primera instancia y al mismo tiempo conceder a su defendido la condena de ejecución condicional, punto este que debió en aras de la claridad y precisión, postular en un cargo separado indicando y demostrando la clase de error en que pudo haber incurrido el juzgador para su denegación, lo cual no hizo, además de desatender que la casación excepcional fue concedida en relación con el motivo antes definido.

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:

1.- CASAR parcialmente la sentencia impugnada, por las razones consignadas en la anterior motivación.

2.- DECLARAR Declarar la nulidad parcial de la actuación cumplida a partir, inclusive, de la resolución de acusación de segunda instancia de fecha 25 de febrero de 2002, que por su presunta responsabilidad penal en el delito de lesiones culposas objeto de investigación, se profirió en relación con proferida en relación con el procesado FERNANDO FERRO.

3.- PRECISAR que, como consecuencia de la anterior determinación, la orden de preclusión de la investigación que por los mismos hechos profirió a favor del mismo procesado la fiscalía de primera instancia, queda materialmente ejecutoriada.

Como consecuencia de lo anterior, dejar en firme la preclusión de la instrucción dictada a su favor en primera instancia. jar vigente la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, esto es, veintiocho (28) meses de prisión al procesado LUIS ALBERTO RIAÑO GIL.

3.- En lo demás el fallo impugnado se mantiene.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen. Cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento de voto

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
de voto

Salvamento

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

A nuestro juicio, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué actuó con competencia al ocuparse de la preclusión de la instrucción que en primera instancia se había dictado a favor del procesado FERNANDO FERRO. Las razones en las cuales fundamentamos esa conclusión, que naturalmente nos condujeron a discrepar de la Sala Mayoritaria, son las siguientes:

1. Las únicas personas que resultaron lesionadas como producto del choque entre la buseta que conducía FERNANDO FERRO y la motocicleta que manejaba ANA ELISA SANTANA FLÓREZ, fueron ésta y su pasajero ÓMAR ORTIZ RAMÍREZ
2. Cada conductor le atribuyó al otro la responsabilidad por lo sucedido, decidiéndose en

el auto calificador de primera instancia otorgarle credibilidad a la versión de FERRO, quien afirmó que la motocicleta transitaba en contravía. Como consecuencia, se le precluyó la instrucción y se dictó acusación en contra de la procesada SANTANA FLÓREZ, por las lesiones ocasionadas a ÓMAR ORTIZ RAMÍREZ.

3. La sustentación del recurso de apelación interpuesto contra ese pronunciamiento por la defensora de la acusada, decía que la causa del accidente había sido la imprudencia del conductor de la buseta, quien la manejaba a una velocidad excesiva y no la pudo “maniobrar ni controlar”, invadiendo el carril de la motocicleta e infringiendo de tal manera el deber objetivo de cuidado, “al aumentar innecesariamente el riesgo permitido”.

4. El Fiscal de 2ª instancia encontró con mejores fundamentos probatorios la versión de ANA ELISA SANTANA y, por ende, le revocó la acusación y le precluyó la instrucción. Con la misma argumentación, a la vez, le revocó la preclusión al procesado FERNANDO FERRO y lo acusó de las lesiones sufridas por los dos ocupantes de la motocicleta.

5. Por las características del caso, a la procesada le asistía un doble interés para discutir ante la segunda instancia la situación de FERNANDO FERRO. De una parte, porque inculparlo era una forma lógica de defenderse y, de otra, porque desde su perspectiva era una de las víctimas del hecho delictivo.

La resolución acusatoria, de acuerdo con lo anterior, le resultaba doblemente lesiva. En primer lugar, porque a través de la misma se le acusaba de las lesiones personales causadas a ÓMAR ORTIZ y, en segundo, porque la preclusión de la instrucción dictada a favor de FERRO le impedía el ejercicio eventual de sus derechos en su condición de perjudicada con el delito, que era la que con nitidez emergería de prosperar su demanda de revocación de la resolución acusatoria.

6. Así las cosas, aunque es verdad que la única petición expresa contenida en el escrito

de sustentación del recurso de apelación, era que se precluyera la instrucción a ANA ELISA SANTANA, es indiscutible que todos los argumentos allí plasmados estuvieron en la línea de señalar a FERRO como el culpable de la tragedia y a la mujer como una de sus víctimas. Esta última idea no se incluyó textualmente en el memorial pero obviamente quedaba sobreentendida.

7. La competencia del Fiscal de 2ª instancia, como se reconoce en la decisión de Mayoría, se extendía a la revisión de los aspectos impugnados y a aquellos inescindiblemente vinculados. Y no cabe ninguna duda que la preclusión de la instrucción dictada a favor de FERRO hacía parte del objeto de la apelación. No lo dijo así de manera expresa la defensora, es verdad, pero la totalidad de sus argumentaciones estuvieron dirigidas a imputarle al conductor de la buseta la causación culposa de las lesiones a las personas que iban en la motocicleta, lo cual permite colegir que se opuso a los términos de la preclusión, que en lo fundamental se sustentó en la credibilidad que se le otorgó al procesado.

No tenía otra salida. Si la obtención de la exoneración de responsabilidad penal de su representada era dependiente de que el funcionario de segundo grado creyera su versión, y no la de FERRO, es evidente que la situación de éste fue un aspecto central del objeto del recurso. La preclusión a favor de FERRO y la acusación en contra de ANA ELISA SANTANA, en otras palabras, eran las dos caras de una misma moneda y en esa medida, al tratarse de cuestiones conectadas íntimamente o vinculadas inescindiblemente, el Fiscal Delegado ante el Tribunal contaba con competencia funcional para revocar la preclusión de la instrucción y acusar al procesado FERNANDO FERRO, aristas más salientes de una decisión mixta que no podía cobrar ejecutoria parcial.

8. Adicionalmente, así la defensora no haya solicitado formalmente la revocatoria de la preclusión de la instrucción, impugnó sus términos y contaba con interés jurídico para hacerlo, de donde igualmente se deriva que el Fiscal de 2º grado tenía competencia para pronunciarse sobre esa decisión y, llegado el caso, como efectivamente sucedió,

revocarla y acusar al procesado.

Con toda seguridad que así también lo entendió el apoderado de FERNANDO FERRO, quien hizo uso del término de traslado a los no recurrentes para integrar el contradictorio, refutando los argumentos de la apelación y solicitándole al ad quem la confirmación de las determinaciones de la primera instancia, incluida la preclusión de la instrucción con la cual se favoreció a su asistido.

9. El interés jurídico para discutir la preclusión de la instrucción procedía, así mismo, de la condición de víctima de la procesada ANA ELISA SANTANA. Y no se puede afirmar que careciera de él por el hecho de que no se hubiera constituido en parte civil. Es que simplemente su condición de procesada se lo impedía, pero eso no permitía sin más el desconocimiento de los derechos de los cuales era titular en su calidad de lesionada y que no se limitaban a la reparación económica de los perjuicios causados, sino además a que a través del proceso penal fuera establecida la verdad y se hiciera justicia.

Esas prerrogativas, materializadas hoy en los criterios de la “justicia restaurativa”, tienen como fundamento los artículos 1º, 15, 21, 93, 95, 229 y 250 de la Carta Política y varios instrumentos de derecho público internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad (artículos 93 y 94 superiores), y dentro de los cuales cabe destacar la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; el Estatuto de Roma, aprobado mediante la Ley 742 de 2002, y Las Reglas de Mallorca de 1992, artículos 41 al 43, entre otros.

Todo ese conjunto normativo respaldaba a la procesada-víctima al recurrir la mencionada resolución acusatoria, quien conservaba la expectativa de conseguir la satisfacción de

sus derechos y, en consecuencia, contaba con indiscutible y variado interés para discutir tanto la acusación formulada en su contra como la preclusión de la investigación que favoreció a FERRO, en un caso singular donde uno de los dos era el responsable, o ambos, pero nunca los dos inocentes.

Atentamente,

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

YESID

RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Sent. mayo2/02, rad. 15.262, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll

2 Sent. Cas. Jun.6/02, rad. 15.772, M. P. Édgar Lombana Trujillo.

3 Entre otros autos abr.4/03 y may.27/03, rads. 20.575 y 19988, Ms. Ps. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Marina Pulido de Barón.

4 Sent. Cas. feb.20/03, rad. 17.580, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

5 Sent. Cas. feb.27/03, rad. 17.817, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.