

Proceso No 21296

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 017

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo del dos mil cinco (2005).

ASUNTO

Se decide el recurso de casación interpuesto por el Procurador 117 Judicial Penal II contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Antioquia el 29 de noviembre del 2002, mediante el cual confirmó la condena a 190 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término que por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas le impuso el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó al señor ÉMERSON DE JESÚS LÓPEZ MONTENEGRO.

HECHOS

En la noche del 22 de abril de 1998, tres personas que tenían sus rostros cubiertos ingresaron a la tienda de Gildardo de Jesús González Marín en el municipio de Pueblorrico, Antioquia, y le exigieron la entrega del dinero. Ante su negativa, uno de ellos le disparó y le ocasionó la muerte de manera instantánea.

ACTUACIÓN PROCESAL

Gracias a las averiguaciones realizadas por la policía judicial, se logró identificar al señor ÉMERSON DE JESÚS LÓPEZ MONTENEGRO como uno de los partícipes en los hechos, contra quien el 19 de octubre del 2000 un fiscal seccional de Jericó, Antioquia, dictó resolución acusatoria por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego, ilícitos por los que el 18 de septiembre del 2002 fue condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito a 190 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

La sentencia, impugnada por el defensor y por el fiscal seccional, que estimaron debía ser absolutoria, fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia el 29 de noviembre del 2002.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo primero, el señor procurador judicial acusa la sentencia de segunda instancia por violación directa de la ley sustancial debido a la falta de aplicación de los incisos 3º. del artículo 29 de la Constitución Política y 2º. del artículo 6º. de la Ley 599 del 2000 y a la aplicación indebida del inciso 3º. del artículo 52 de la misma ley.

Sobre su interés para recurrir en casación a pesar de no haber impugnado el fallo de primera instancia, afirma que por tratarse de la violación de una garantía fundamental de origen constitucional, el defecto en que demostrará incurrió el Tribunal se encuentra al mismo nivel de la nulidad como motivo de casación, que es precisamente una de las hipótesis que la jurisprudencia admite para que pueda acudir al recurso extraordinario sin haber interpuesto previamente el de apelación.

En desarrollo del cargo, manifiesta que el Tribunal no tuvo en cuenta que el artículo 3º. de la Ley 365 de 1997 fijaba en 10 años el límite máximo de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, norma que por favorabilidad

resultaba aplicable de preferencia sobre el inciso 3º. del artículo 52 del Código Penal, que permite imponer por ese concepto hasta una tercera parte más de la cantidad que se deduzca como pena privativa de libertad.

Correctamente tasada la pena principal de acuerdo con los parámetros fijados en la Ley 599 del 2000, que resultaba más favorable que los previstos en el anterior Código Penal, no ocurrió lo mismo con la accesoria, que no podía superar los 10 años según lo preceptuaba el estatuto vigente para la fecha de comisión de la conducta, en una mixtura de códigos que resulta procedente realizar, como lo ha enseñado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Concluye que la sentencia de segunda instancia se debe casar de manera parcial, en cuanto confirmó la condena a 15 años y 10 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y en su lugar reducirla a los límites legales señalados por el artículo 3º. de la Ley 365 de 1997.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal destaca que al impugnante no le asiste interés para recurrir en casación porque no apeló el fallo de primera instancia, lo que implica su tácita aceptación, de manera que como la demanda no se debió declarar ajustada, lo procedente ahora es disponer la nulidad del auto del 19 de agosto del 2003 y en su lugar inadmitir el libelo.

Sostiene que así se debe proveer, aún si la Corte insiste en la tesis que la Delegada dice no compartir, expresada en providencias del 19 de agosto y del 20 de octubre del 2004 sobre su competencia para pronunciarse de oficio no obstante que la demanda no reúna los requisitos legales, pues en el último auto citado se dijo expresamente que “se inadmite la demanda y se regresa el proceso al despacho de origen en todos los casos de carencia de interés para recurrir sin que ocurra igual cuando la razón de la decisión esté asociada a

que no reúne los requisitos formales pero resulta indispensable echar mano de la oficiosidad por la Corte para la salvaguarda de derechos fundamentales”.

Agrega que si, no obstante lo dicho, la Corte opta por pronunciarse, debe casar de oficio la sentencia porque el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, que fija en 10 años el límite para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, resulta más favorable al procesado que el artículo 52 de la Ley 599 del 2000, que autoriza imponer a ese título una pena igual a la privativa de libertad y hasta una tercera parte más.

CONSIDERACIONES

Contrario al criterio expresado por la señora Procuradora, no se trata en este caso de un problema de interés para recurrir ni de casación oficiosa, sino de una necesaria restauración de derechos fundamentales –el principio de favorabilidad asociado al de legalidad de la pena, como elementos integrantes de un proceso como es debido- solicitada por uno de los sujetos procesales que, pese a no haber recurrido el fallo de primera instancia, se encuentra legitimado para hacerlo porque, como repetidamente lo ha dicho la Sala, una de las excepciones a la exigencia de la previa apelación de la sentencia es justamente

“4. Cuando el sujeto procesal proponga nulidad por la vía extraordinaria, siempre que medie una demanda en forma, pues “la aceptación del contenido material del fallo, revelada a través del silencio de la parte, sólo resulta válida si el procedimiento que lo sustenta es legítimo, y en la circunstancia de ser la casación en nuestro medio, fundamentalmente un juicio de validez”1.”.2

Cuestión diferente es que, atendida la específica naturaleza del vicio, deba postularse en casación a través de la causal primera, porque en criterio de la Corte

“... hay algunas [garantías constitucionales, se anota] como la de legalidad de los

delitos y las penas, la de favorabilidad y la prohibición de reforma en perjuicio que amparan al procesado en la declaración o aplicación del derecho sustancial, es decir, en el ejercicio de la actividad in iudicando, por lo cual la vía adecuada para denunciar su vulneración no es la causal tercera, como equivocadamente lo entendió el casacionista, sino la primera”.³

Por lo tanto, que el demandante, acertadamente por demás, hubiese acudido a la causal primera por violación directa de la ley sustancial en lugar de la tercera, en nada desvirtúa el interés porque, como lo ha reconocido la Sala, la legalidad de la pena constituye parte integrante del derecho al debido proceso⁴, cuya violación fue erigida precisamente como causal de nulidad por el numeral 2º. del artículo 306 del estatuto procesal.

Conclúyese, entonces, que al sujeto procesal que no impugnó la sentencia de primera instancia le asiste interés para recurrir en casación, entre otros eventos, cuando ésta tiene por objeto –dicho en términos más generales- restablecer la legalidad del proceso afectada por el desconocimiento de las garantías fundamentales, independientemente de que el reproche deba proponerse a través de la causal tercera de casación o de la primera.

No habría, por lo demás, razón plausible para distinguir una vulneración del debido proceso que implique anular la actuación de otra que pueda ser enmendada directamente por la Corte para aceptar que aquella transgresión de la garantía pueda reprocharse en casación sin que previamente lo haya sido en las instancias, pero ésta forzosamente deba ser planteada en sede de apelación como requisito para poder ser atacada en casación.

En este sentido, la Sala explica y precisa los términos y el alcance que se dio a la sentencia del 28 de julio del 2004, radicado 20.323, M. P. Alfredo Gómez Quintero, en la

que sin hacer ninguna distinción –porque no era de la esencia de aquello que iba a ser objeto de resolución- sobre la naturaleza de la garantía cuya violación se criticaba por una causal diferente a la tercera, dijo:

“En razón a que el representante del Ministerio Público no impugnó la sentencia de primera instancia, como tampoco demostró que se le hubiera impedido el ejercicio del recurso, ni el fallo era consultable, ni acudió a la causal tercera, esto es, por la vía de la nulidad, sino que lo hizo conforme a la causal primera –cuerpo primero- del artículo 207 proponiendo un juicio de puro derecho, la demanda de casación presentada por el Procurador Judicial 117 en lo penal será desestimada por falta de legitimación para acudir a la impugnación extraordinaria”.

Aclarado el punto, y antes de abordar el estudio de la censura, para responder a la solicitud principal que formula la Procuradora Delegada debe decirse que ni aún en el evento de hallar configurada a estas alturas del trámite procesal la ausencia de interés para recurrir sería procedente anular el auto que declaró ajustada la demanda para disponer su inadmisión, pues según el reiterado criterio de la Corte

“En punto a la falta de interés, tiene dicho la Sala que cuando aquélla sólo se hace ostensible en el instante de entrar a proveer de fondo, el libelo habrá de desestimarse, “pues siendo que la decisión que correspondería es la del fallo para decidir sobre las pretensiones del casacionista y para ello tiene que haberse cumplido las exigencias sustantivas y procesales previstas por la ley como supuestos, la subsistencia generador del vicio lo impide, ya que como sucede en casos como el presente, la falta de interés para recurrir por parte del demandante para formular un ataque como el que ha presentado, continúa produciendo, material y jurídicamente, los mismos efectos negativos atribuibles desde el momento en que se recurrió el fallo del Tribunal, no quedándole otra alternativa a la Corte que la de desestimar oficiosamente la demanda, pues la simple inadvertencia de la causa a la hora de concederse el recurso o de

admitirse la demanda no hace que el vicio pierda eficacia, sino que lo que era causa de rechazo o inadmisión se convierta en causa de desestimación, ya que todo depende de la fase procesal en que se tome la decisión, pues el auto de admisión erróneamente proferido, no obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y determinar el vicio o la índole de la pretensión, dado que carece de fuerza vinculante no porque se estime ilegal, sino porque carece de efecto, y pensar en atribuirle capacidad saneadora al auto de admisibilidad equivaldría, como se ha dicho, a comprometer a la Corte en el nuevo error de asumir una competencia de que carece, la cual queda limitada exclusivamente a tomar esta decisión, dado que el objeto de fallo, como es la demanda, no puede proferirse ante su ineptitud.”5”.6

Y aunque carece de incidencia directa en este asunto, dada la conclusión a la que ya se arribó sobre la presencia en este caso del interés para recurrir, esta última afirmación sobre la competencia de la Corte, que también se hizo en el auto del 20 de octubre del 2004 al que alude la Delegada para destacar que tampoco sería viable la casación oficiosa, merece una mayor reflexión para ver si en realidad -frente a las precisiones jurisprudenciales que la Sala ha hecho sobre el recurso extraordinario de casación en aras del papel que la [Constitución Política](#) y la Ley le asignan como defensora de los derechos fundamentales- tiene la contundencia que parece.

Al efecto, recuérdese que en el citado auto del 20 de octubre, la Corte señaló que:

“3. Así, pues, no resulta cierto que la competencia para casar de oficio la sentencia recurrida esté subordinada a la aceptación de la demanda de casación, sino que se adquiere como consecuencia del juicio de admisibilidad de la misma, como se desprende del artículo 213 del Código de Procedimiento Penal: se inadmite la demanda y se regresa el proceso al despacho de origen en todos los casos de carencia de interés para recurrir sin que ocurra igual cuando la razón de la decisión esté asociada a que no reúne los requisitos formales pero resulta indispensable echar mano de la oficiosidad por

la Corte para la salvaguarda de derechos fundamentales, labor constitucional impostergable y en la que no se pueden ceder espacios, dada su categoría expresa de garante de esas prerrogativas, fuente prístina de su legitimación democrática, tarea más perfilada aún en la nueva sistemática procesal penal patria...".⁷ (la Sala subraya ahora).

Si tal fuera en realidad el criterio de la Sala, en ningún caso podría casar de oficio cuando advirtiera la falta de interés para recurrir, como lo hizo en la ya mencionada sentencia del 28 de julio del 2004 en la que, no obstante afirmar la falta de legitimación del único impugnante, la Corte, motu proprio, corrigió el fallo de segunda instancia para reducir la pena accesoria impuesta al procesado.

Ciertamente, la orientación que en los últimos tiempos le ha dado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al recurso extraordinario y el reconocimiento expreso de su papel de guardiana de la Constitución Política como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y, por lo tanto, defensora a ultranza de los derechos fundamentales, la obliga a que -contra todo purismo técnico- encauce por las vías de la legalidad los procesos que llegan a su conocimiento. Resultaría en verdad incomprensible, y ninguna teoría de las competencias sería suficiente para explicarlo, que frente a una decisión aberrante de algún funcionario judicial, que imponga por ejemplo la prisión perpetua proscrita de nuestro ordenamiento, la Corte simplemente adujera su falta de competencia para que, por la vía de las acciones constitucionales, se habilitara a un juez ajeno al proceso para restaurar las garantías que el máximo órgano omitió restablecer.

El ejercicio de la función judicial en el sentido indicado implica, claro está, la flexibilización del recurso de casación que debe ceder en su rigorismo técnico y en sus alcances netamente procesales ante las garantías y derechos fundamentales que todo juez, por mandato de la [Constitución Política](#), está en la obligación de preservar, y

reivindica una interpretación del ordenamiento que asegura la existencia entre todas sus partes de “la debida correspondencia y armonía” a que alude, desde hace más de una centuria, el Código Civil.

Por eso la Corte, en la sentencia del 12 de mayo del 2004, radicado 20.114, que fijó el marco constitucional que hacía posible la casación oficiosa a favor del no recurrente a pesar de que la demanda del impugnante se desestimara, señaló:

“a) Expresa el artículo 2º de la Constitución Política que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella (inciso 1º), tarea que compete básicamente a las autoridades de la República, instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, creencias, bienes y demás derechos y libertades (inciso 2º). Como es obvio, ese propósito tiene que ver sobre todo con el reconocimiento de los derechos inalienables de la persona, cuya custodia y materialización gozan de primacía sobre toda otra consideración, sin discriminación alguna (artículo 5º), incluso por encima de las formas y formalidades, pues la Carta también da preeminencia a lo sustancial en materia de administración de justicia (artículo 228).

“b) El artículo 13 de la Constitución, entre otras disposiciones, sienta el principio de igualdad, de acuerdo con el cual todas las personas deben recibir el mismo trato de las autoridades, sin distinción alguna, misión que obliga al Estado a promover las condiciones para que sea real y efectiva.

“c) El artículo 29 de la Carta plasma y regula el marco del debido proceso, o proceso como es debido, o proceso justo, dentro del cual incluye como una de sus especies el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el procesado o determinado de oficio por el Estado. Este derecho es fundamental y, por tanto, inenajenable e inalienable.

“d) La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996) impone a los jueces el deber de hacer efectivos los derechos, garantías y libertades consagradas en la Constitución (artículo 1º), así como el de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de los intervinientes en el proceso (artículo 9º).

“e) Por mandato del artículo 234 de la Carta, la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y su primera atribución, dice el artículo siguiente, es la de “Actuar como tribunal de casación”. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 15 y 16.2 de la ya mencionada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

“f) El Código de Procedimiento Penal desarrolla los anteriores mandatos constitucionales de varias formas, especialmente las siguientes:

“Una. El artículo 75.1, que otorga a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la competencia relacionada con el recurso de casación.

“Dos. El artículo 142, que establece como deberes de los servidores judiciales los de resolver los asuntos con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional (No 1) y hacer efectiva la igualdad de los sujetos procesales en el trámite de la actuación judicial (No 5).

“Tres. El artículo 206, que fija como finalidades de la casación “la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal...y la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada”.

“Cuatro. Y el artículo 216, que positiviza el principio de limitación en materia de casación, pero que le establece como excepciones aquellos casos en los que la Corte debe anular o casar de oficio, bien porque concurre una causal de nulidad (incompetencia, violación al debido proceso o desconocimiento del derecho de

defensa), bien porque ostensiblemente la sentencia atenta contra las garantías fundamentales.

“Esta normatividad, decíase, sería suficiente para resolver el caso. Bastaría, entonces, mirar las normas acabadas de citar de la Constitución, la Ley Estatutaria y el Código de Procedimiento Penal, y compararlas con el expediente, para concluir que, en realidad, hubo violación de derechos”.

Precisado lo anterior, es decir, el exacto sentido y el estricto ámbito de los precedentes señalados, con los que no pugnan la decisión ni la motivación de esta sentencia, advierte la Sala que en efecto, como lo señala el recurrente, el Tribunal desconoció el principio de favorabilidad que le imponía fijar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas –ahora llamada inhabilitación– ceñido al límite previsto para ella en el artículo 44 del Código Penal vigente para la fecha de realización de la conducta, 10 años, de indudable beneficio para el procesado en tanto la duración máxima que establece el artículo 51 de la Ley 599 del 2000 es de 20 años.

En ese sentido, se casará parcialmente la sentencia para modificar la pena accesoria, que quedará en 120 meses -10 años- en lugar de los 190 meses que dedujeron los falladores.

También se dispondrá casar de oficio la sentencia en cuanto a la cantidad de pena privativa de la libertad impuesta al procesado, pues en la tarea de individualización desconoció el mandato contenido en el artículo 31 de la Ley 599 del 2000, según el cual

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturales, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

En el proceso de tasación de la pena, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó concluyó que el delito de homicidio era el que servía de base y, por no concurrir circunstancias de agravación ni de atenuación, fijó en el cuarto mínimo la escala punitiva que oscilaba, entonces, entre 156 y 192 meses de prisión; ponderó los aspectos a que se refiere el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal para determinar en definitiva por ese ilícito una pena de 171 meses, pues al mínimo le incrementó 15 meses en virtud de esas circunstancias, y luego se limitó a agregar:

“Ahora, el artículo 31 del C. Penal, nos dice que esta pena se incrementará hasta en otro tanto por tratarse de un CONCURSO de hechos punibles, el Juzgado acrecienta la pena anterior para un gran total de pena de CIENTO NOVENTA (190) MESES DE PRISIÓN”.

Sobre el punto, nada dijo el Tribunal Superior de Antioquia en el fallo de segunda instancia que confirmó en su integridad el de primera.

Sin embargo, aparece evidente que el A quo no sólo desconoció el mandato de dosificar cada una de las ilicitudes concurrentes sino la prohibición de exceder la suma aritmética de las penas individualmente consideradas, pues si no expresó ningún criterio para intensificar la sanción, debe entenderse que en todo caso no podía aumentar por el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal más del mínimo previsto en el artículo 365 del Código Penal, esto es, 12 meses.

Por lo tanto, la Corte casará de oficio la sentencia, en el sentido que la pena privativa de libertad queda en definitiva en 183 meses de prisión, en lugar de los 190 meses impuestos por las instancias.

En 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

1. Casar parcialmente la sentencia impugnada, para modificar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al señor LÓPEZ MONTENEGRO, que regirá por el término de 10 años.
2. Casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada en cuanto a la cantidad de pena privativa de la libertad que habrá de purgar el señor LÓPEZ MONTENEGRO, que se fija en definitiva en 183 meses de prisión.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARINA PULIDO DE BARÓN

Permiso

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

(Impedido)

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Entre otros, auto feb.11/99, rad. 9998, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll; casación feb,24/2000, rad. 10.809, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; casación feb.13/2001, rad. 14.370, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

2 Auto del 24 de noviembre del 2003, radicado 21.235, M. P. Marina Pulido de Barón.

3 Sentencia del 17 de julio del 2001, radicado 12.060, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.

4 Sentencia del 19 de agosto del 2004, radicado 19.682, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

5 Casación del 20 de abril de 1999. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

6 Sentencia del 28 de septiembre del 2001, radicado 18.075, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

7 Auto del 20 de octubre del 2004, radicado 21.302, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.