

Proceso No 21442

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N° 05

Bogotá D. C., febrero cuatro (4) de dos mil cuatro (2004).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JUAN CARLOS GARZON ZABALETA contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, por cuyo medio fue condenado, junto con LEONEL FERNANDO OSPITIA HUELGOS y HANS RENE FONSECA REITA, a la pena principal de 40 años de prisión y multa de 100 salarios mínimos legales mensuales, como coautor penalmente responsable del concurso de delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado, consumado y tentado, porte ilegal de armas y hurto calificado.

HECHOS

Aproximadamente a las tres y media de la tarde del 11 de enero de 1998, en momentos en que Manuel Guillermo Herrera Parrado se encontraba en su vehículo esperando a que su hijo Manuel Eduardo arreglara una cerca de su finca El Porvenir, ubicada en el Alto de Pompey (Villavicencio), fueron interceptados por varios

hombres, quienes se llevaron al primero en el mismo automotor, y dejaron al segundo atado a un árbol.

Al llegar al complejo ganadero Catama, con rumbo a la ciudad de Villavicencio, el Agente conductor Hernando Alberto Camacho y el Sub Teniente Willington Cantillo Motta, miembros de la Policía Nacional, enterados del suceso, solicitaron una requisita a los ocupantes del vehículo, a la cual estos se opusieron disparándoles y amenazando con un revólver a Manuel Herrera Parrado.

Entonces, se produjo un cruce de disparos que culminó cuando arribaron refuerzos de la Policía Nacional y los delincuentes huyeron, quedando herido el Sub Teniente Cantillo en el pie derecho y muertos Manuel Guillermo Herrera Parrado, el Agente conductor Hernando Alberto Camacho y Andrés Guillermo Rey Pulido, quien había tomado como rehén al hacendado.

Más tarde, la SIJIN tuvo conocimiento que en la Finca Mi Llanito varios ciudadanos habían capturado a JUAN CARLOS GARZON ZABALETA quien aceptó haber participado en los hechos relatados, y luego fue aprehendido LEONEL FERNANDO OSPITIA HUELGOS, encontrándose en su poder el revólver que portaba el Agente conductor fallecido.

ACTUACION PROCESAL

El 13 de enero de 1998 la Fiscalía Regional de Villavicencio dispuso la correspondiente apertura de la instrucción en cuyo marco vinculó mediante indagatoria a los aprehendidos JUAN CARLOS GARZON ZABALETA y LEONEL FERNANDO OSPITIA HUELGOS. También escuchó en injurada a HANS RENE FONSECA REITA, quien se presentó voluntariamente.

La situación jurídica de los indagados fue definida el 22 enero de 1998 con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, como

posibles autores de los delitos de concierto para secuestrar, secuestro simple agravado, homicidio con fines terroristas, homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas.

Cerrada la investigación el 27 de agosto de 1998, el mérito del sumario fue calificado el 18 de noviembre de 1998 con resolución de acusación en contra de los procesados JUAN CARLOS GARZON ZABALETA, LEONEL FERNANDO OSPITIA HUELGOS y HANS RENE FONSECA REITA como posibles coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado, homicidio en grado de tentativa en el Sub Teniente Willington Cantillo Motta, hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de defensa personal.

En la misma providencia la Fiscalía señaló que el delito de concierto para delinquir que fue deducido en la resolución de situación jurídica no se configuró, dispuso compulsar copias ante la Justicia Castrense para investigar la muerte de Andrés Guillermo Rey Pulido, pero omitió pronunciarse en la parte resolutive sobre el homicidio en el Agente conductor Hernando Alberto Camacho.

Apelada la acusación por el defensor del inculcado RENE FONSECA REITA, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional la confirmó el 8 de marzo de 1999, pero la adicionó en el sentido de acusar también a los procesados por el delito de homicidio agravado en el Agente conductor Camacho.

La etapa del juicio correspondió adelantarla a un Juzgado Regional de Bogotá, pero posteriormente, en razón del cambio legislativo, fue adelantada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, despacho que luego de surtir el trámite correspondiente profirió fallo el 2 de octubre de 2001, por cuyo medio condenó a JUAN CARLOS GARZON ZABALETA, LEONEL FERNANDO OSPITIA HUELGOS y HANS RENE FONSECA REITA a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión y multa de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, como coautores penalmente responsables del concurso de delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado,

consumado y tentado, porte ilegal de armas y hurto calificado, marginando las circunstancias de agravación punitiva deducidas en la acusación para los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado.

Los defensores interpusieron recurso de apelación contra el fallo y el Tribunal Superior de Villavicencio decidió confirmarlo respecto de los procesados JUAN CARLOS GARZON ZABALETA y LEONEL FERNANDO OSPITIA HUELGOS, pero modificarlo, en el sentido de absolver al acusado HANS RENE FONSECA REITA, mediante sentencia del 21 de enero de 2003, misma que ahora es objeto de impugnación extraordinaria por parte del defensor del inculcado GARZON ZABALETA.

LA DEMANDA

Cuatro cargos formula el defensor del mencionado procesado contra la sentencia de segunda instancia, que postula y desarrolla de la siguiente manera:

Primer cargo: Nulidad por violación del derecho a la defensa.

Con apoyo en la causal tercera de casación, el actor señala que “para la etapa de precalificación se tuvo que la familia del señor JUAN CARLOS GARZON ZABALETA, entró en contacto con una persona de nombre VICTO HUGO ROMERO SANABRIA, quien les manifestó su intención de proceder a hacerse cargo de la defensa del mencionado acusado para dicho momento. En ninguna parte del expediente y luego de que se inició la búsqueda del abogado, debido al descontento que generó el primero, aparece poder suscrito y presentado al efecto por JUAN CARLOS GARZON y mucho menos se encuentra de (sic) dicho documento esté otorgando poder al mencionado ROMERO SANABRIA”, y por tanto, “durante dichos meses de agosto, septiembre, octubre y principios de noviembre, los sindicados se dedicaron a su propia defensa, suscribiendo memoriales para el efecto. Las solicitudes de prueba hechas por el anterior defensor no tuvieron respaldo en cuanto a su insistencia y se dejaron de pedir algunas de vital importancia para

la investigación”.

Asevera el casacionista que durante el lapso mencionado el procesado careció de defensa técnica y que los alegatos precalificatorios fueron presentados por un profesional que carecía de poder para ello.

Considera que si el Estado tiene la obligación no sólo de proporcionar un abogado, sino también de garantizar que la defensa esté acorde con los principios que la rigen: eficacia, lealtad, corresponsabilidad y nombramiento de un defensor de acuerdo con la voluntad del sindicado, y si además, en virtud del principio de no indefensión, no basta con advertir la presencia de un apoderado sino que es indispensable verificar que el ejercicio sea pleno y responsable, es evidente la inactividad del inicial apoderado de su representado, pues en seis meses presentó dos solicitudes de prueba, el recurso de reposición contra la resolución de situación jurídica y la solicitud de remisión del procesado a Medicina Legal para que fueran valoradas las lesiones que sufrió.

Destaca que la solicitud de pruebas presentada por el defensor del inculcado GARZON ZABALETA es endeble y no fueron solicitados otros medios probatorios en favor de los intereses del procesado, tales como “pruebas decadactilares a las armas (...) y prueba denominada de absorción atómica”.

Cita como normas violadas los artículos 29 de la Carta Política, 3º y 8º del estatuto penal, 8º de la Convención de San José de Costa Rica, y 14 del Pacto de Nueva York.

Agrega el censor que las solicitudes de prueba no pueden tenerse como actividad y ejercicio responsable del abogado, pues necesario resulta que asista a su práctica, omisión que en este asunto concreta la violación del derecho de defensa y su efecto en los demás actos procesales.

Precisa que las pruebas echadas de menos condujeron al fallo de condena, y que

por tanto, la inactividad del defensor sobre el particular acredita la vulneración del derecho a la defensa, sin que tal omisión pueda considerarse como una estrategia defensiva, pues de contarse con tales medios de prueba, “la responsabilidad que determinó el Tribunal hubiera sido destruida”.

Con base en lo anotado, el defensor solicita que se declare la nulidad de toda la actuación, habida cuenta que la omisión en la solicitud de las pruebas para acreditar que el arma no fue disparada por JUAN CARLOS GARZON, tuvo ocurrencia al inicio del proceso, sin que resultara posible su petición ulterior.

Segundo cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 8º, 31 y 169 del Código Penal.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, el censor reprocha el fallo de segundo grado por haber incurrido en violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 8º, 31 y 169 del estatuto penal, que desarrolla así:

Comienza por señalar que acepta los hechos de la manera como los estableció el fallador, pero plantea que, contrario a lo asumido por los juzgadores, no hay presencia de un concurso material de delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado, sino de un concurso aparente.

Precisa que el a quo estimó que se trataba de un concurso de delitos, en atención a que con una misma acción de su representado “se produjo la adecuación en dos tipos penales diversos con protección de bienes jurídicos distintos”, esto es, el hurto fue calificado por la violencia ejercida sobre Manuel Guillermo Herrera, y a su vez, al privarlo de su libertad y colocarlo en situación de indefensión, incurrió en el delito de secuestro.

Señala el libelista, que la reducción de la víctima al estado de indefensión para asegurar la plena ejecución del delito de hurto, subsume el delito de secuestro extorsivo, pues no se puede condenar a una persona dos veces por el mismo hecho, razón por la cual considera que se trata de un concurso aparente de delitos.

Agrega que el delito de hurto puede ser calificado si se ejerce violencia sobre las personas o éstas son puestas en estado de indefensión, pero considera importante advertir que la violencia posee unos tópicos que es preciso aclarar en torno del tema del concurso de delitos.

Explica el censor que se trata de un concurso aparente de delitos, habida cuenta que existió unidad de acción, pues no hubo solución de continuidad entre el apoderamiento del automotor y la reducción de la víctima a indefensión.

Por tanto, estima que fue aplicado de manera indebida el precepto que regula el concurso material de delitos, pues debió darse prelación a la norma que tipifica el hurto calificado por su más amplia descripción de la conducta, esto es, porque el acto de violencia que se ejerció por parte del procesado consistió en tomar, asir, reducir e impedir los movimientos a la víctima para permitir el despojo o apoderamiento del vehículo y en ese instante en que se hurta el bien, Manuel Guillermo Herrera es sometido a estado de indefensión.

Puntualiza que además del artículo 29 de la Carta Política, se violaron de manera indirecta los artículos 8º y 31 del estatuto penal, razón por la cual considera que el concurso aparente debe ser resuelto en aplicación de los principios de consunción y alternatividad, en favor del delito de hurto calificado, y por tanto, se debe absolver por el delito de secuestro extorsivo, so pena de incurrir en violación del principio non bis in ídem, en cuanto el segundo delito es subsumido por el primero, ya que no toda retención conlleva la comisión del delito de secuestro.

Tercer cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 365 del Código Penal.

Bajo la égida de la causal primera de casación, cuerpo primero, el actor considera que se violó directamente el artículo 356 del Código Penal, pues los falladores al condenar por el delito de porte ilegal de armas de defensa reconocieron que el arma que portaba el inculcado GARZÓN ZABALETA contaba con el respectivo permiso expedido por las autoridades, pero que pese a ello cometió el referido delito, habida cuenta que “las armas de fuego se venden por la industria militar para situaciones de defensa u otras circunstancias, pero nunca para perpetrar conductas punibles, como la aquí investigada”.

Luego de transcribir el artículo 365 del estatuto penal, afirma el actor que de tal precepto no pueden deducirse elementos subjetivos o normativos no contemplados por el legislador, razón por la cual, es evidente el error de interpretación de los juzgadores al asumir que el delito se comete cuando el agente posee el permiso correspondiente pero delinque con el arma, dado que la norma citada sólo se refiere a la necesidad de autorización por quien es competente, sin importar la finalidad con la cual se utilice el arma.

Concluye el casacionista que la interpretación errónea consistió en confundir el porte de que habla la ley, con la utilización del arma para la defensa, finalidad que no aparece en la descripción típica.

Señala entonces como normas violadas los artículos 10º y 365 del estatuto penal, y 29 de la Carta Política.

Con base en lo anotado, el impugnante solicita que se absuelva a su representado por el delito de porte ilegal de armas.

Cuarto cargo (subsidiario): Falso raciocinio sobre la inferencia lógica derivada de la tenencia del arma.

Afirma el actor que uno de los indicios en los cuales soportan los juzgadores el fallo “fue la presencia en la finca ‘mi llanito’ de un arma de fuego Marca BROWING, calibre 7,65, lugar mismo donde fue capturado JUAN CARLOS GARZON ZABALETA, para la cual tenía permiso de porte”, y que por tanto “portar un arma no significa en ninguna medida que quien la porte haya ejecutado un delito, toda vez que el permiso es una prueba de carácter objetivo, que apenas apunta a la responsabilidad en cuanto al delito de porte ilegal de armas, pero nunca puede entenderse que de dicha documentación se extraigan conclusiones acerca del aspecto subjetivo del delito”.

Añade que de la prueba de balística simplemente se establece que el proyectil encontrado en el cadáver de la víctima corresponde por identidad a uno de calibre 7.65, sin que se precise que la pistola fue accionada por el procesado GARZON ZABALETA.

Se refiere luego a la declaración del Sub Teniente Willington Cantillo Motta, quien identificó a las personas que dispararon contra los miembros de la policía, pero advierte que tal declaración fue tenida por el ad quem como contradictoria y a la postre tal falencia determinó la absolución de RENE FONSECA REITA, razón por la cual, el señalamiento que del inculcado GARZÓN ZABALETA realiza, carece de fuerza probatoria.

Puntaliza el defensor que similares consideraciones deben efectuarse en punto del delito de tentativa de homicidio en el Sub Teniente Cantillo Motta, más aún cuando éste no le imputó tal comportamiento a GARZON ZABALETA.

Considera que se violaron los artículos 284 del estatuto procesal penal, y 232 y 238 del Código Penal.

De conformidad con lo anotado, el casacionista solicita que “se absuelva como (sic) falta de prueba que lleve a la certeza por el delito de homicidio y lesiones personales (sic) y se reduzca la pena impuesta”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal sugiere a la Sala en su concepto desestimar los cargos contenidos en la demanda por fallas técnicas en su formulación y por considerar que no asiste razón al impugnante, con base en los siguientes argumentos:

Con relación al primer cargo: Nulidad por violación del derecho a la defensa.

Manifiesta el Ministerio Público que en punto de la ausencia de defensa técnica del implicado por un periodo de cuatro meses, la situación planteada no se refleja en la realidad procesal ya que el procesado no estuvo desprovisto de asistencia profesional en momento alguno, y destaca que la situación presentada con el individuo que contactó a la familia del implicado para ofrecer sus servicios como abogado, fue un episodio que no incidió en el proceso penal, y en consecuencia, no produjo vulneración de la garantía.

Agrega que no es cierto que el segundo abogado que representó los intereses del procesado no contara con poder para representarlo, pues su designación se produjo en la ampliación de indagatoria del inculcado GARZON ZABALETA, y por tanto, tal nombramiento desplazaba al anterior.

Adicional a lo anterior, reprocha el Delegado la falta de concreción en cuanto a los efectos de la nulidad propuesta, toda vez que no señala un momento procesal preciso a partir del cual deba declararse, ni el funcionario competente para proseguir la actuación.

En punto de la actuación ineficiente del primer abogado, el Ministerio Público señala que no puede acreditarse la inactividad del abogado con la presentación de memoriales por parte de los implicados, porque ese hecho no demuestra descuido o abandono de la gestión, cuando es evidente que el defensor fue cuidadoso y cumplió con los deberes del cargo.

Tampoco es válido descalificar la actuación del abogado con base en la omisión de dos medios de prueba, ahora considerados como trascendentales para la suerte del procesado, pues con ello se advierte que el casacionista intenta controvertir la estrategia defensiva.

Afirma entonces el Delegado que al controvertir el actor la eficacia del defensor inicial del procesado, está reconociendo la existencia de una estrategia defensiva, circunstancia que deja sin piso la vulneración de la garantía que pregona, más aún cuando se puede establecer el compromiso asumido por aquel profesional en sus peticiones.

Por último, considera el Delegado que las pruebas que se consideran omitidas carecen de la trascendencia señalada por el censor, en cuanto no tenían aptitud para mutar la sentencia condenatoria. Además, en razón del tiempo transcurrido, ningún objeto tendría la declaratoria de nulidad de la actuación con el propósito de que se decreten y practiquen medios probatorios que debieron ser dispuestos en momentos subsiguientes a la comisión del hecho, esto es, la búsqueda de huellas dactilares en las armas y la prueba de absorción atómica al procesado GARZON ZABALETA.

Por lo tanto, considera que el cargo no está llamado a prosperar.

En cuanto atañe al segundo cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 8º, 31 y 169 del Código Penal.

Luego de señalar algunas falencias de técnica de la demanda por considerar que el actor no asumió los hechos como los declaró probados el Tribunal, el Delegado expone que no le asiste razón al censor en sus planteamientos dirigidos a demostrar que se presenta un concurso aparente de delitos, porque si bien la argumentación es correcta desde el punto de vista estructural, no lo es en el ámbito sustancial, pues en realidad concurren los dos tipos penales.

Entonces señala que la retención física de la víctima excedió los fines propios del delito de hurto sobre la camioneta en la que se transportaba y el dinero que portaba, todo lo cual permite concluir que el propósito de los delincuentes fue también el de llevar a cabo un secuestro con fines extorsivos, dado que si el delito de hurto ya se había consumado, la presencia de Manuel Guillermo Herrera en la camioneta era innecesaria.

Agrega que sí hubo solución de continuidad entre la violencia del hurto y la retención del hacendado, y que las dos conductas son perfectamente separables, razón por la cual inicialmente se consumó el hurto del vehículo y luego se vulneró el bien jurídico de la libertad de locomoción, lo que lleva a inferir el concurso real de conductas punibles.

Considera por el Delegado que el cargo no debe prosperar.

Respecto del tercer cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 365 del Código Penal.

Comienza el Delegado por formular reparos técnicos a la presentación del cargo que en su criterio no tienen entidad para hacer inviable el reproche, y destaca que los fundamentos de la imputación del delito de porte ilegal de armas en contra del sindicado GARZON ZABALETA se encuentran en la sentencia de primera instancia ya que el Tribunal no hizo pronunciamiento alguno sobre tal comportamiento.

Indica que si bien no existe en el fallo de primer grado claridad sobre los

fundamentos de la imputación del porte ilegal de armas a GARZON, pues en un aparte se afirma que contaba con permiso para el porte de la pistola, y más adelante se dice que no se configuró el referido delito respecto del condenado, lo cierto es que tal circunstancia carece de trascendencia en el juicio de responsabilidad realizado en contra del inculcado JUAN CARLOS GARZÓN por el delito de porte ilegal de armas, habida cuenta que fue condenado como coautor de todos los delitos cometidos, lo cual significa que así contara con permiso para portar su arma, el delito le es imputable respecto de las otras armas utilizadas en la ejecución de los comportamientos delictivos, las cuales no contaban con el permiso correspondiente por parte de las autoridades.

En consecuencia, considera que el cargo está llamado a la improsperidad.

Con relación al cuarto cargo (subsidiario): Falso raciocinio sobre la inferencia lógica derivada de la tenencia del arma.

Reprocha el Procurador Delegado que el impugnante no señala el sentido de la violación de las normas citadas como quebrantadas, ni precisa si el ataque lo dirige contra el hecho indicador, la inferencia lógica o el poder de convicción del indicio, y que a la vez ataca el poder suasorio del indicio, que es otro elemento de la prueba indiciaria.

Considera que la censura no pasa de ser un mero enunciado, en donde se advierte la contraposición del criterio personal del actor con el del juzgador sobre la valoración de una prueba, y que además, carece de trascendencia, en atención a que al procesado le fue deducida responsabilidad penal a título de coautor, razones suficientes para estimar que el cargo no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo: Nulidad por violación del derecho a la defensa.

En relación con esta censura, pronto advierte la Sala que las afirmaciones del demandante referidas a que el primer defensor del inculcado abandonó el proceso, no encuentran sustento en el informativo, pues es lo cierto que su abogado de confianza lo asistió el 14 de enero de 1998 durante la diligencia de indagatoria, el 26 de los mismos mes y año se notificó de la resolución que definió la situación jurídica a los vinculados, contra la cual interpuso recurso de reposición, posteriormente solicitó a la Fiscalía la devolución de los documentos de identificación de su asistido, el 7 de abril de 1998 solicitó la práctica de varias pruebas y el 27 de julio presentó los cuestionarios que debían ser absueltos por los agentes que intervinieron en el operativo.

Luego, el 23 de agosto de 1998, el procesado JUAN CARLOS GARZÓN otorgó poder a otro profesional del derecho en la diligencia de ampliación de indagatoria, el cual presentó alegatos precalificatorios y se notificó de la resolución de acusación.

Ya en el juicio, el sindicado designó nuevo abogado de confianza, el cual actuó en la fase de la causa, intervino en la audiencia pública e impugnó el fallo de primer grado.

Del anterior recuento procesal se evidencia que, como bien lo señala el Procurador Delegado, carecen de fundamento los argumentos del demandante, en cuanto no es cierto que el inculcado haya carecido de asistencia técnica durante la etapa de instrucción, pues por el contrario, en todo el transcurrir de la referida fase procesal contó con asistencia letrada, circunstancia que evidencia la ausencia de violación a su derecho de defensa técnica.

Adicionalmente se observa que tampoco acierta el casacionista al afirmar que durante un lapso de cuatro meses su procurado careció de defensor porque el segundo abogado no contaba con poder para representarlo, pues en la actuación puede establecerse que tal profesional fue designado durante la ampliación de indagatoria, y ello resulta suficiente para que desempeñara su función.

En efecto, en la ampliación de injurada se anotó: “A la diligencia asiste el Dr. GUSTAVO ALIRIO NUPIA, quien estando presente se identificó con la c.c. 19.387.221 de Bogotá y exhibió la T.P. No. 31588 C.S.J. Acto seguido se procede a juramentar al defensor con las formalidades de los art. 138 y 139 del C.P.P., por cuya gravedad prometió cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo le impone”.

Ahora bien, como el actor también señala que la violación del derecho de defensa de su asistido se produjo por la inactividad del apoderado inicial, quien presentó una “endeble” petición de pruebas, no concurrió a la práctica de estas, y no solicitó otros medios probatorios en favor de los intereses del procesado, tales como “pruebas decadactilares a las armas (...) y prueba denominada de absorción atómica”, suficiente resulta expresar, como lo tiene precisado la jurisprudencia, que no puede tenerse por acreditada la causal de nulidad por violación del derecho a la defensa técnica a partir exclusivamente de la crítica que eleva el profesional del derecho que ingresa al proceso una vez proferido el fallo de segundo grado, pues ello no pasa de constituir una postura procesal asumida desde una óptica muy particular y en todo caso elaborada mediante un examen ex post, que lejos está de configurar la vulneración señalada, si se tiene en cuenta que en atención a las particularidades de cada proceso y la forma en que cada defensor enfrenta su cometido profesional, no es posible aceptar una sola y precisa estrategia defensiva en punto de analizar la labor asistencial que se cuestiona¹.

Además, si bien el censor insiste en que tales pruebas determinaron la condena de su representado, lo cierto es que se desentiende de otros medios probatorios valorados por los falladores, tales como las circunstancias de su aprehensión, el señalamiento que hiciera el Sub Teniente Cantillo, así como el cheque en blanco perteneciente a la cuenta corriente de Manuel Herrera Parrado que fue encontrado en el bolsillo de su pantalón al ser aprehendido, circunstancia que denota que las pruebas mencionadas carecían de trascendencia en punto de ser aptas para trastocar la declaración de justicia contenida en el fallo de segunda instancia, a efectos de lograr la absolución del condenado.

De lo expuesto puede concluirse, sin lugar a duda, que el procesado JUAN CARLOS GARZON ZABALETA sí estuvo asistido técnicamente por profesionales del derecho durante las etapas de instrucción y juzgamiento, quienes ejercieron su labor contando para ello con oportunidades reales de intervención y de acuerdo a la estrategia de defensa que se trazaron, la cual no puede a la hora de ahora aducirse como motivo para deprecar la nulidad de la actuación procesal así cumplida.

Finalmente, debe señalarse que el censor solicita la nulidad de todo lo actuado, sin asumir que carecería de sentido disponer la invalidación del proceso en procura de ordenar las “pruebas decadaactilares a las armas (...) y prueba denominada de absorción atómica”, las cuales, como él mismo lo reconoce, debían ser solicitadas, ordenadas y practicadas en momentos inmediatamente posteriores a la comisión de los delitos o a la aprehensión de los procesados, y que en el actual momento carecerían de sentido, circunstancia de más para la improsperidad del reproche.

De conformidad con las razones anotadas, el cargo no prospera.

Segundo cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 8º, 31 y 169 del Código Penal.

Si bien encuentra la Sala que el censor no se sujeta rigurosamente a la técnica propia del reproche que formula, es indudable que en su desarrollo se establece con nitidez la orientación y el fundamento de la tacha de ilegalidad de la sentencia censurada, lo cual amerita un estudio de fondo del asunto, habida cuenta que, como ha sido reiterado por la Corporación “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 la justicia burocrática y en perjuicio de los cometidos que la misma ley le señala a la institución”².

En efecto, puntualmente el censor señala que el comportamiento investigado en punto del apoderamiento del vehículo y la retención de Manuel Herrera Parrado no configura un concurso material de delitos de hurto calificado y secuestro extorsivo, como lo declararon los falladores, sino que se trata de un concurso aparente que debe ser resuelto en favor del delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas.

Se ofrece oportuno señalar que sobre el referido tópico ha señalado la Sala que:

“Una es la acción que se realiza mediante el apoderamiento con violencia de un objeto mueble y otra la de privar de la libertad de locomoción a las personas que ejercen sobre el bien hurtado posesión, tenencia o contacto físico. Cada uno de estos actos son separables, dentro de la complejidad de un comportamiento, uno supone una maniobra sobre el objeto del hurto, para cambiar su disponibilidad, otra supone un retener, arrebatar o sustraer a una persona de su autonomía de permanecer o no en determinado lugar. En el aspecto subjetivo, es distinta la representación del resultado de un apoderamiento de cosa mueble, que el de privar a una persona de su locomoción. La voluntad de ejercer ambas conductas con sus específicos resultados puede concurrir en un mismo momento, sin que por ello las acciones dejen de ser separables. Por ello la posibilidad jurídica plena de conformar el concurso delictual” 3 (subrayas fuera de texto).

En efecto, en el asunto que concita el estudio de la Sala se advierte, como lo precisó el Tribunal en el fallo atacado, y ahora lo señala el Delegado, que el delito de hurto calificado por la violencia culminó en el preciso momento en que Manuel Herrera Parrado y su hijo fueron abordados por varios individuos armados, quienes consiguieron arrebatarles el vehículo en el cual se transportaban.

Por tanto, si una vez consumado tal comportamiento, los delincuentes deciden mantener retenido al hacendado contra su voluntad y le advierten a su hijo, que se lo

llevan, no hay duda alguna que se trata de un comportamiento diverso al atentado patrimonial, y que ahora vulnera la libertad personal de la víctima.

Sobre el particular declaró Manuel Eduardo Herrera Pabón lo siguiente: “yo me bajé directamente a la cerca y me dispuse a arreglar el alambre de espaldas a todos ellos, cuando al rato fue que me pusieron un cuchillo en el cuello y me tiraron al suelo, a mi papá también lo tiraron al suelo, inmediatamente me adentraron en el potrero y amarraron y amordazaron a mi, contra un palo (...) uno de ellos me dijeron que me quedara quieto que no hiciera nada que a mi papá se lo llevaban”.

A su vez, en la ampliación de indagatoria expuso el procesado LEONEL OPITIA HUELGOS: “RICARDO le estaba diciendo al señor (Manuel Herrera Parrado, se aclara) que cuanto nos iba a dar, entonces el señor sacó una plata y se la dio, entonces RICARDO le dijo que eso no alcanzaba para nada. Entonces el señor sacó un cheque en blanco, dijo mire este cheque en Catama me lo pueden cambiar, entonces RICARDO le dijo que cuanto nos puede levantar, él dijo que un millón de pesos. En ese momento paré y ANDRES se pasó adelante, cuando apareció la patrulla...”.

Si bien el defensor señala que la retención de Manuel Herrera Parrado corresponde a la fuerza propia de la calificación del hurto, lo cierto es que en este asunto aquella carecía de trascendencia en punto de la comisión de tal delito, que como se dijo, ya se había consumado, y por el contrario, de manera autónoma e independiente al primer comportamiento, comporta la comisión del delito de secuestro extorsivo.

De lo anotado puede concluirse que los argumentos del censor orientados a demostrar que se trató de un concurso aparente de delitos de hurto calificado y secuestro extorsivo no prosperan, pues no consiguió acreditar que la norma seleccionada y aplicada del secuestro extorsivo correspondió a un defectuoso proceso de adecuación típica, o que la retención de Manuel Herrera Parrado con posterioridad a la comisión del

delito de hurto calificado correspondía a un elemento estructural de este comportamiento (especialidad), o bien que la adecuación de la conducta a tal tipo penal excluía el precepto que tipifica el atentado a la libertad personal (alternatividad), ora que uno de los delitos era subsidiario del otro (subsidiariedad), o que el juicio de desvalor de una de las conductas delictivas consumía el de la otra (consunción).

Así las cosas, el cargo no prospera.

Tercer cargo (subsidiario): Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 365 del Código Penal.

Inicialmente se advierte que el censor equivoca el sentido de la violación que señala, pues si bien alude a la interpretación errónea del artículo 365 del estatuto penal, en el desarrollo del cargo dirige su esfuerzo a acreditar que no debió aplicarse el referido precepto, circunstancia que pone de manifiesto que no postula un vicio interpretativo, sino un error por aplicación indebida, en cuanto su finalidad se orienta a reclamar la atipicidad de la conducta⁴; no obstante, tal incorrección en la postulación del reproche carece de trascendencia para imposibilitar su estudio de fondo, pues el desarrollo del mismo permite concretar la pretensión del censor.

Indicado lo anterior se tiene que la argumentación del censor carece de soporte en la actuación, pues como con facilidad puede verificarse, en el fallo de primera instancia, que integra una sola unidad con el de segundo grado que lo confirmó, no se imputa al procesado GARZON ZABALETA el delito de porte ilegal de armas respecto de la pistola Browning de su propiedad y que cuenta con el respectivo salvoconducto, sino con relación a las otras armas utilizadas por los delincuentes, dado que fue acusado y condenado como coautor de los delitos cometidos, sin que por ello interese si su arma estaba debidamente amparada.

En efecto, en el fallo de primera instancia se establece que en los hechos investigados

fueron utilizadas tres armas: una pistola Browning CZ calibre 7.65, número 047889, un revólver Llama calibre 38 spl, número IM8166E, y un revólver Smith & Wesson calibre 38 spl, número AA4067, este último perteneciente al Estado, de dotación oficial del Agente conductor de la Policía que falleció.

Con relación a la referida pistola se afirma en la citada providencia que “la misma portaba permiso respectivo de las autoridades competentes, por lo que el Despacho no encuentra que por ella se configure la conducta de porte ilegal de armas, pudiéndose configurar una contravención o incumplimiento a las obligaciones, pero que ellas no son materia de juicio por el Despacho”, circunstancia que deja sin base alguna lo expuesto por el casacionista, quien considera que por el porte de tal arma fue condenado su asistido.

Pero además, olvida el censor que también en el fallo citado se puntualizó que “las armas encontradas en el sitio y localizadas en cada personaje anterior, a excepción de la pistola 7.65 marca Browning, no tenían el permiso correspondiente para su porte, lo cual debe indicar que el mismo (...). Encontrando el Despacho que efectivamente el aspecto material de la infracción está demostrada plenamente” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el delito de porte ilegal de armas le fue imputado al condenado en calidad de coautor respecto del porte de los revólveres utilizados en la comisión de los delitos, no así respecto de la pistola Browning, la cual fue excluida por contar con el correspondiente permiso de las autoridades, todo lo cual conduce a acreditar que los argumentos del demandante carecen de fundamento.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cuarto cargo (subsidiario): Falso raciocinio sobre la inferencia lógica derivada de la tenencia del arma.

Como acertadamente lo señala el Procurador Delegado, adolece la postulación y el desarrollo de este reproche de graves falencias técnicas que imposibilitan su análisis de fondo, más aún si se evidencia que el actor no consigue concretar ninguna censura sustancial al fallo impugnado.

Imprescindible resulta señalar que en la sentencia atacada no se alude manera alguna al indicio que deplora el demandante, pues por el contrario, la responsabilidad del procesado JUAN CARLOS GARZON en el homicidio en Manuel Herrera Parrado, no fue deducida por vía indiciaria, sino que fue establecida a través del análisis conjunto de las pruebas recaudadas, circunstancia que torna inconsistente el planteamiento del defensor.

Adicional a lo anterior se tiene que tampoco el libelista se ajusta a las exigencias propias de la alegación del falso raciocinio en punto de la prueba indiciaria, dado que indistintamente se refiere a todos los elementos que hacen parte de ella, falencia que se hace evidente cuando expresa que su ataque lo dirigirá hacia la inferencia lógica, pero pese a ello afirma que “se puso a decir al hecho indicador algo que en ninguna parte aparece”, afirmación que corresponde a la demostración de un error de hecho por falso juicio de identidad por adición, que obviamente no resulta compatible con la acreditación del error de hecho por falso raciocinio.

Pero la falta de coherencia de los argumentos del censor se hace aún mas notoria cuando expresa: “Nos detenemos en cuanto al proceso lógico en la inferencia lógica y atacamos que el sentenciador tuvo serios reparos de orden lógico, ya que no se puede concluir que de un porte de armas se haya producido un delito de homicidio”.

En efecto, de tal planteamiento no se deriva reproche concreto alguno al fallo, pero sí permite evidenciar que el casacionista presenta simples divergencias suyas con relación a la forma en que los falladores valoraron el recaudo probatorio, proceder

inadmisible en este trámite impugnativo extraordinario.

Además, tampoco el censor procede como es su deber en punto de la postulación del falso raciocinio, a identificar la máxima de la experiencia, el principio científico o la regla lógica que fue objeto de violación por parte del sentenciador para arribar a sus conclusiones, pues se limita a expresar una y otra vez que del porte de la pistola Browning y del dictamen que estableció que la muerte de Manuel Herrera se produjo como consecuencia de las lesiones ocasionadas con un proyectil disparado desde aquella arma, no puede deducirse la responsabilidad de su representado en dicho suceso.

Observa también la Sala que el demandante olvida que la responsabilidad del procesado JUAN CARLOS GARZON en el homicidio de Manuel Herrera también fue deducida de otras pruebas, tales como la declaración del Sub Teniente Cantillo cotejada con lo expuesto por los inculcados en sus injuradas, el análisis de las trayectorias de los proyectiles en el cruce de disparos y el comportamiento adoptado por aquel con posterioridad a los sucesos al llegar a la Finca Mi Llanito donde fue aprehendido por sus moradores, medios probatorios sobre los cuales no formula el demandante reproche alguno, circunstancia adicional para advertir la improsperidad de la censura.

Ahora bien, aunque el defensor señala que el Sub Teniente Cantillo Motta no le imputó el delito de tentativa de homicidio (no de lesiones personales como lo anota el defensor) a GARZON ZABALETA, lo cierto es que una vez más el expediente deja sin soporte su aseveración, pues aquel declaró que “en ese momento uno de ellos se me pasó a la canal donde yo me encontraba y me disparaba de rodillas ese tipo según las fotos es JUAN CARLOS que posteriormente fue quien me hirió en el pie”, razón adicional para que el cargo fracase.

De conformidad con lo expuesto, tampoco este reproche está llamado a prosperar.

CUESTIÓN FINAL

Habida cuenta que con ocasión del tránsito legislativo de la normatividad penal, el sentenciado puede eventualmente tener derecho a que se redosifique la pena impuesta en aplicación del principio de favorabilidad, considera la Sala que al no ser casado el fallo impugnado y cobrar ejecutoria la decisión de condena, compete al Juez de Ejecución de Penas pronunciarse sobre ello.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. Sentencia de casación del 12 de noviembre de 2003. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón, entre otras.

2 Sentencia del 28 de julio de 2000. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, entre otras.

3 Sentencia del 5 de febrero de 2002. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, entre otras.

4 Cfr. Sentencia del 18 de abril de 2002. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, entre otras.