

Proceso No 23936

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 073

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de mayo de dos mil siete (2007).

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de MIGUEL ALEJANDRO USUGA SERNA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 17 de febrero de 2005 que, al confirmar la decisión emitida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de la misma ciudad, el 29 de octubre de 2004, lo condenó a la pena principal de 474 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 20 años como coautor de las conductas punibles de homicidio, en concurso homogéneo, lesiones personales y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal.

H E C H O S

La Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal los sintetizó de la siguiente manera:

“Hacia la 1:30 de la madrugada del 10 de julio de 2002, en la ciudad de Medellín, más

exactamente en la calle 104B frente al número 47-29, se encontraban Hernán Darío Escobar Cardona, Ferley Blandón Zapata, Jhon Alexander Gómez Rentería y Jhonatan Andrés Reyes Rentería departiendo e ingiriendo licor cerca de unas escaleras que daban a la vía pública, cuando fueron abordados por varios sujetos que portaban armas de fuego, quienes luego de verificar que aquellos se encontraban desarmados les dispararon de manera indiscriminada causándoles la muerte y además lesionaron a Jimmy Alejandro Ardila Zapata.

“Adelantadas las investigaciones se determinó que los sujetos pertenecían a la Banda de la 38 y que uno de los autores del hecho fue Miguel Alejandro Usuga Serna, alias ‘machete’ o ‘machetico’, integrante del grupo armado Bloque Cacique Nutibara de las AUC”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de una investigación preliminar, en la que se practicaron plurales medios de prueba con el fin de individualizar o identificar a los autores o partícipes de las conductas punibles a que se refiere esta investigación, mediante providencia del 11 de marzo de 2003, la Fiscalía Segunda de la Unidad Primera Seccional de Delitos contra la Vida y la Integridad Personal, abrió la instrucción, ordenando, entre otras cosas, vincular mediante indagatoria a Miguel Alejandro Usuga Serna.

Capturado Usuga Serna, el 31 de diciembre de 2003, fue escuchado en indagatoria (el 3 de enero de 2004), y, el 6 de enero de este último mes y año, se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio agravado, decisión que fue notificada personalmente a todos los sujetos procesales.

El 15 de marzo de 2004 se cerró la investigación y, el 20 de abril siguiente, se calificó el mérito de sumario con resolución de acusación en contra de Usuga Serna por los delitos de homicidio, en concurso homogéneo, lesiones personales y fabricación, tráfico

y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal.

La etapa del juicio la tramitó el Juzgado 19 Penal del Circuito que, luego de agotar la causa, dictó, el 29 de octubre de 2004, sentencia de primera instancia en la que condenó a Miguel Alejandro Usuga Serna a la pena principal de 474 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años, como coautor de las conductas punibles de homicidio, en concurso homogéneo, lesiones personales y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal.

Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Medellín, el 17 de febrero de 2005, lo confirmó en su integridad.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del acusado basado en las causales tercera y primera de casación, presenta dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo

Acusa al juzgador de segunda instancia de dictar sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce que si bien su representado designó defensor de confianza para que lo asistiera en la diligencia de indagatoria y en las posteriores actuaciones, éste en ningún momento le instruyó sobre la posibilidad de someterse a la figura de sentencia anticipada en la etapa instructiva, lo que le hubiera significado una rebaja de la tercera parte de la pena.

Acota que el defensor designado no se preocupó por verificar las pruebas que, a su juicio, habrían demostrado que para el momento de la ocurrencia de los hechos su representado se encontraba en un lugar diferente al señalado en la sentencia.

Destaca que la providencia que definió la situación jurídica de su defendido no fue objeto de impugnación, y agrega que el defensor no estuvo presente en las declaraciones rendidas por Gloria Nelly García, Flora María de Valencia, Henry Ferney Valencia, Luz Dary Botero, María Elvia Gómez y Martha Lucía Botero, a pesar que esta última comprometía la responsabilidad del inculcado como testigo de oídas.

Así mismo, destaca que la negligencia del abogado fue tan protuberante que su asistido se vio obligado a otorgarle poder a otros profesionales del derecho, quienes no presentaron alegatos en el término de traslado previo al calificadorio.

De igual forma, señala que el único sujeto procesal que solicitó pruebas a favor del procesado en la etapa instructiva fue el Procurador Judicial 184, quien deprecó la ampliación del testimonio de Doralba del Socorro Rentería en aras de determinar si los responsables del homicidio se encontraban encapuchados, al igual que el reconocimiento en fila de personas por parte de los testigos Asdrúbal Stiven Gómez y Jimmy Alejandro Ardila Zapata, agregando la incapacidad médico legal de este último.

Por otro lado, asevera que obran constancias del 25 y del 27 de mayo de 2004 acerca de los traslados para sustentar el recurso de apelación contra la situación jurídica y poner en conocimiento un dictamen no precisado, a sabiendas que el proceso ya se encontraba calificado.

Luego de señalar que el defensor ampliamente referido en la formulación del presente cargo renunció al mandato conferido, aduce que el profesional que lo sustituyó, durante el traslado consagrado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, no invocó la nulidad por falta de defensa técnica en la etapa de instrucción, con el agravante que a los pocos días

renunció al poder por desacuerdo en los honorarios, retomando la defensa del procesado el abogado que lo representó en el sumario, quien solicitó las ampliaciones de los testimonios de Martha Cecilia y Doralba Rentería Gómez, Asdrúbal Stiven Gómez y Jimmy Alejandro Ardila Zapata, con el propósito de desvirtuar los indicios de presencia y responsabilidad y, en ese mismo sentido, reclamó el testimonio de César García, Coordinador y Jefe del Bloque Cacique Nutibara de las AUC.

De esta forma, sostiene que si bien el a quo decretó las pruebas solicitadas, excepto el testimonio de Martha Cecilia Rentería, no realizó la gestión necesaria para materializar la comparecencia de los testigos, conforme a lo previsto por el artículo 279 del Código de Procedimiento Penal.

En ese mismo sentido, afirma que el único testigo que se hizo presente en el despacho judicial fue César García, a quien no le fue recibida su declaración, toda vez que el juzgador precisó que la oportunidad procesal había precluído, pues ya se había agotado la intervención de la fiscalía.

En estas condiciones, considera el recurrente que su representado no contó con una defensa técnica eficaz, toda vez que, en su criterio, la actuación del abogado en la instrucción se limitó a la notificación de la situación jurídica y a recurrir la providencia que determinó el cierre de la investigación, sin que se hiciera presente en la práctica de las diferentes pruebas, ni solicitó la ampliación de las declaraciones.

Sostiene que en la etapa de juicio el defensor referido solicitó en forma precipitada unas pruebas, intervino en la audiencia pública y sustentó la apelación contra el fallo, exponiendo los mismos argumentos que no fueron acogidos en la primera instancia, razones por las cuales considera el casacionista que se impidió el cabal ejercicio del derecho de contradicción.

Por otro lado, afirma que el defensor dejó pasar la oportunidad de incoar la nulidad de la

actuación por falta de defensa técnica, puesto que, en su criterio, la prueba principal fue recaudada en la fase previa de la investigación cuando el procesado no tenía representante.

En estos términos, concluye que el hecho de no impugnar la resolución de acusación impidió que el superior advirtiera las inconsistencias existentes en el expediente, razón por la cual, considera que se hubiera podido obtener la preclusión de la investigación o el decreto de nulidad por falta de defensa técnica y material en las fases previa e instructiva, lo que, en su opinión, habría permitido retrotraer la actuación y acogerse a la figura de sentencia anticipada.

Como normas vulneradas señala el artículo 29 de la Constitución Política Constitucional, los artículos 8° y 13 del Código de Procedimiento Penal, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 8° y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, decretando la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la resolución que ordenó el cierre de la investigación.

Segundo cargo

Acusa al Tribunal de violar en forma indirecta la ley sustancial al incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, que conllevó a la aplicación indebida del inciso 3° del artículo 7° de la Ley 600 de 2000, al igual que la falta de aplicación de los artículos 6° y 55 de la obra en mención, con notoria incidencia en la tasación de la pena, conforme a lo preceptuado por los artículos 60 y 61 del Código Penal.

Radica su inconformidad bajo el supuesto que el fallador, con fundamento en la diligencia de indagatoria en la que el procesado manifestó que alguna vez estuvo privado de su

libertad por incurrir en porte ilegal de armas de fuego, supuso que el inculcado había sido condenado con anterioridad, por lo que dedujo una circunstancia de mayor punibilidad, no obstante que dentro del diligenciamiento no se recaudó pruebas sobre el particular.

Señala que en el expediente no obra copia autenticada del fallo del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, que presuntamente condenó a Usuga Serna a la pena de doce meses de prisión por el ilícito anteriormente referenciado ni su respectiva certificación, razón por la cual, desconoce el recurrente la forma como el fallador obtuvo dicha información, por lo que, considera, se evidencia el error denunciado en el planteamiento del presente cargo, toda vez que el proceso no registraba elemento de convicción alguno que demostrara la situación plasmada.

Por lo anterior, observa que el juzgador otorgó una interpretación indebida de lo preceptuado por el inciso 3° del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, según el cual, sólo las condenas proferidas en sentencias ejecutoriadas tienen la calidad de antecedentes penales.

En estas condiciones, sostiene que se evidencia un claro perjuicio para la situación de su representado al determinar el juzgador que no concurrían circunstancias de menor punibilidad, en atención a lo anteriormente comentado, al ubicarlo en el último cuarto de tasación de la pena, cuando, en realidad, se debió partir de los cuartos medios, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 61 del Código Penal, razón por la cual, propone como pena a imponer la de 384 meses de prisión, debido a que la ausencia de antecedentes penales impone reconocer la circunstancia de menor punibilidad.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo recurrido, reconociendo la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 55.1 del Código Penal y dictar fallo de reemplazo, siendo la pena impuesta objeto de una nueva tasación.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA

DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Primer cargo

Advierte, en primer término, que el recurrente en el planteamiento del presente cargo se limita a expresar su inconformidad respecto al comportamiento desplegado por sus antecesores, sin que indicara cuáles fueron las actividades que debieron ser desarrolladas por los mismos para ejercer una verdadera defensa, tampoco propuso una estrategia defensiva específica, al igual que su trascendencia frente a los resultados del proceso.

Considera, entonces, que no es suficiente para alcanzar el éxito de la pretensión de nulidad la elaboración de diferentes críticas a la labor de sus colegas, pues “cada abogado determina frente a un asunto su propia estrategia defensiva, razón por la cual el no estar de acuerdo con la adoptada en determinado momento, no conduce a pregonar que se infringió la garantía demandada.”

Resalta que el procesado fue reconocido por los agredidos Jimmy Alejandro Ardila y Asdrúbal Estiven Gómez, prueba que, en su criterio, resultaba seria y difícil de desvirtuar.

De esta forma, destaca que si bien se superó en dos meses el término máximo para proferir apertura de instrucción o resolución inhibitoria, teniendo en cuenta que la indagación preliminar abarcó un lapso de ocho meses, conforme a lo dispuesto por el artículo 325 de la legislación procesal penal, “ello tiene explicación en las tareas realizadas, justamente, en acatamiento del artículo 322 ib., en tanto las últimas pruebas recaudadas fueron justamente las necesarias para determinar que se estaba frente a varias hipótesis delictivas y que existía un señalamiento de los posibles autores”.

Asevera que el ente instructor al tener conocimiento de los posibles autores de los

hechos, de inmediato decretó la apertura de instrucción y ordenó la vinculación mediante indagatoria, sin que se observe, en su criterio, que en la fase preliminar se haya vulnerado el derecho de defensa reclamado por el impugnante.

Por otro lado, respecto a los beneficios por colaboración echados de menos por el casacionista, afirma que las sugerencias profesionales para proceder en dicho sentido sólo pueden ser materializadas cuando el procesado asienta y voluntariamente decida colaborar y, en el caso en comento, anota que en ninguna parte del expediente se vislumbra que Usuga Serna buscara su favorecimiento a través de alguno de los mecanismos previstos en la ley para tal efecto, “de ahí que no tenga cabida el reclamo que hace el censor sobre la omisión de los defensores en aconsejar al procesado para que se acogiera a la sentencia anticipada (...)”.

Resulta cierto para la Delegada que la defensa no solicitó pruebas en la etapa sumarial, como lo sostiene el recurrente, pero en su reproche no indicó cuáles elementos de juicio debieron ser solicitados, ni precisó que pretendía con los mismos.

De igual forma, sostiene que respecto al reclamo por la inasistencia del defensor a la práctica de las declaraciones de Gloria Nelly García, Flora María de Valencia, Henry Ferney Valencia, Luz Dary Botero, María Elvia Gómez y Martha Lucía Botero, tampoco le asiste razón, por cuanto que en ningún momento indicó cuál era la actividad concreta que debió haberse cumplido y, en consecuencia, la trascendencia de la intervención del abogado, “dado que los declarantes fueron enfáticos en afirmar que no presenciaron los hechos, que no supieron quién disparó ni el motivo de ello”.

Así mismo, destaca que si bien Martha Lucía Botero declaró que, según los comentarios, uno de los agresores era apodado “machete”, también lo es que fue clara en afirmar que no lo conocía, por lo que no encuentra la Delegada qué se habría logrado con la presencia del defensor en la diligencia si no se trataba de un testigo

presencial.

Considera que tampoco resulta dable pretender que el hecho de no impugnar la resolución que resolvió la situación jurídica derive en una negligencia.

Señala que el informe secretarial sobre la apelación de la “situación jurídica” que reposa después de proferida la acusación, se puede verificar que se trata de un “lapsus”, toda vez que el recurso interpuesto fue contra el calificadorio y no contra la mencionada determinación.

Así mismo, agrega que la resolución de acusación fue objeto de impugnación por parte del procesado, quien luego desistió mediante escrito presentado por su defensor, lo que evidencia su desacuerdo con la apelación.

Respecto a la práctica de pruebas solicitadas por la defensa en la etapa de juzgamiento, advierte el Ministerio Público que no puede recriminarse la actuación desplegada por el profesional del derecho, puesto que las pruebas, aunque decretadas, no se realizaron por causas imputables a los testigos citados para tal fin, que no comparecieron en forma oportuna al despacho judicial, siendo factible para la Procuraduría que se encontraran intimidados.

En estos términos, resulta lógico para la Delegada que la defensa ejerciera el derecho de contradicción dedicándose a atacar las probanzas recaudadas dentro del proceso, es decir, las declaraciones de los testigos que señalaron a “machete” como uno de los autores del múltiple homicidio, como efectivamente ocurrió, según su criterio, por lo que, a su juicio, no podía cambiar el defensor la estrategia defensiva y descuidar la prueba de cargo, ni invocar una nulidad por falta de defensa técnica.

Por último, resalta que a todas luces resulta evidente que el procesado a lo largo de todas las etapas procesales contó con la asistencia de un defensor técnico y que las

autoridades siempre estuvieron atentas a que estuviera profesionalmente representado, “tal como se verifica en las distintas resoluciones, autos, constancias y comunicaciones en las que se propendió por ello”.

Así mismo, destaca que la actuación de los abogados no evidencia abandono de la gestión y, en consecuencia, no compromete la legalidad del proceso.

Por lo anterior, estima que el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo

Observa la Delegada que el juzgador de primera instancia consideró para arribar a su decisión que concurría exclusivamente la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación criminal imputada en la acusación, al tiempo que determinó que no era viable deducir la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales, por cuanto el despacho tenía conocimiento que el procesado fue condenado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín por el ilícito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal a la pena de doce meses de prisión, información suministrada por el mismo inculcado al momento de rendir indagatoria, cuando manifestó haber sido investigado por dicho punible, sin que recordara el despacho instructor.

Considera que en atención a la situación anteriormente comentada, el fallador se ubicó en el último cuarto de punición, esto es, entre 264 y 300 meses de prisión y, a partir de ese mínimo, incrementó el monto de 210 meses por el triple homicidio, las lesiones personales dolosas y el porte ilegal de armas de defensa personal para una pena definitiva de 474 meses de prisión, siendo tal decisión confirmada por la Colegiatura.

En estas condiciones, advierte el Ministerio Público que no obra prueba en el expediente que permita concluir que el procesado fue condenado con anterioridad, razón

por la cual, estima que el fallador al concluir que en favor de Usuga Serna no concurría la circunstancia de carencia de antecedentes penales supuso un elemento de juicio que no había sido aportado al proceso.

Por lo anterior, concluye que la actuación del juzgador consistente en suponer demostrado un antecedente penal, influyó perjudicialmente en la individualización de la pena, puesto que se situó en el último cuarto de tasación punitiva, bajo el entendido que sólo concurrían circunstancias de mayor punibilidad.

Al respecto, precisa la Procuraduría:

“Si se supera el yerro y se considera que no se encuentra demostrado que Usuga Serna haya sido condenado con antelación por otro delito o contravención, tiene que pregonarse la carencia de antecedentes y, por ende, deducirse la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55.1, lo que hace que la pena por un delito de homicidio simple se gradúe dentro de los cuartos medios de movilidad y ahí si tenga operancia el incremento por el concurso delictivo.”

En estas condiciones, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada en lo que respecta al segundo cargo presentado por el defensor de Miguel Alejandro Usuga y, en consecuencia, proceder a la redosificación de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

1. El defensor de Miguel Alejandro Usuga Serna, basado en la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, en tanto, en su criterio, éste careció de defensa en la etapa de instrucción, referente a la

defensa técnica, al punto que tal situación le impidió, entre otras cosas, que se acogiera a los beneficios punitivos consagrados para el trámite de sentencia anticipada.

Como aspectos que se pueden calificar como inactividad del defensor de confianza cita los siguientes:

- a) Que no se preocupó de investigar a fin de encontrar pruebas que hubiesen evidenciado que Usuga Serna, al momento de los hechos, se hallaba en lugar diferente.
- b) Que la providencia que resolvió la situación jurídica del procesado no fue objeto de recurso.
- c) Que no estuvo presente cuando se recibieron los testimonios de Gloria Nelly García, Flor María de Valencia, Henry Ferney Valencia, Luz Dary Botero, María Elvia Gómez y Martha Lucía Botero.
- d) Que no presentó alegatos de conclusión una vez que se dispuso clausurar el ciclo investigativo.
- d) Que en el juicio y en el traslado que ordena el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 no se invocaron nulidades, y
- e) Que no se realizaron las diligencias tendientes a la comparecencia de algunas personas a fin de que fueran escuchadas en testimonio.

2. Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, cuando se trata de formular en sede casación la trasgresión del derecho de defensa no basta con postular el vicio sino que se erige en una carga para el censor demostrar su trascendencia frente a las decisiones

adoptadas en la sentencia impugnada.

Por ello, no resulta suficiente para que la Corte proceda a declarar la invalidez de lo actuado que el actor predique la violación del derecho de defensa técnica, puesto que, como se dijo, le corresponde, en estricto cumplimiento a los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación, que con la presunta inactividad en la gestión del profesional del derecho se afectaron las garantías judiciales del sentenciado, imponiéndose, como último remedio, la declaratoria de nulidad para que se reponga la actuación viciada.

Con base en los anteriores parámetros, la Corte advierte que el censor no cumplió con el anterior cometido, en el entendido que dejó la censura a mitad de camino y no demostró la trascendencia del error de garantía. Se llega a tal disertación, por cuanto el casacionista, luego de postular los presuntos actos irregulares, no enseñó a la Sala cómo el profesional del derecho que acompañaba para ese entonces al procesado, en una actitud de negligencia frente al mandato conferido y como quiera que no se trató de una estrategia defensiva, no solicitó que se escuchara en testimonio a todas aquellas personas que tenían el conocimiento de que Usuga Serna no participó en los hechos criminosos, en tanto se encontraba en otro lugar, para seguidamente demostrar, apoyado en la plural prueba incorporada al trámite, que las probanzas echadas de menos en la actividad probatoria tenían la fuerza persuasiva suficiente de modificar el juicio de condena hecho por los juzgadores.

De la misma manera, frente a los reparos que formula en torno a que la providencia que resolvió la situación jurídica no fue objeto de recurso de apelación, que no presentó alegatos conclusivos cuando se clausuró la investigación y que no desplegó ninguna actividad para que comparecieran los testigos a la citación de la justicia, correspondía al censor demostrar cómo el defensor de confianza al haber recurrido la citada resolución, haber presentado el escrito de alegato en el término de traslado previo al calificadorio y,

finalmente, haber desarrollado las diligencias tendientes a la localización de los testigos, necesariamente tal actividad habría incidido en las decisiones adoptadas en el fallo.

Así mismo, al censor no le mereció ningún comentario frente al yerro postulado sobre la participación del defensor en el proceso de producción y aducción de los testimonios que cita, esto es, que de haber intervenido en su práctica las conclusiones probatorias habrían sido distintas a las plasmadas en el fallo.

Y, finalmente, que el apoderado de confianza no solicitó pruebas en el lapso concedido para tal efecto por el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, también correspondía al casacionista evidenciar su trascendencia, en la medida que si el defensor hubiese deprecado la petición de nulidad, tal acto habría mejorado la situación procesal del acusado, puesto que se imponía repetir las actuaciones irregulares con estrictez a los lineamientos establecidos por la ley en general, referentes a la estructura del proceso y/o a las garantías del acusado.

Sin embargo, en el evento que el casacionista hubiese formulado la censura correctamente, tampoco le asiste razón. Veamos:

Como lo destaca la Procuradora Delegada, revisada la actuación no se advierte que el procesado no hubiese contado con una defensa técnica diligente. En efecto, recuérdese que ocurridos los hechos la justicia a través del órgano instructor dio inicio al trámite con la correspondiente investigación preliminar tendiente a establecer la individualización o identificación de los autores o partícipes. Recibidas las versiones juramentadas de Jimmy Alejandro Ardila (víctima) y Asdrúbal Estive Gómez se coligió, de una manera razonada, puesto que manifestaron que habían visto al acusado en el teatro de los acontecimientos, que había el mérito suficiente para vincularlo mediante indagatoria.

Por consiguiente, si bien es cierto que la investigación preliminar excedió en dos meses más

el término reglado por el artículo 325 del Código de Procedimiento Penal, tal situación encuentra la justificante en la medida en que dada la complejidad de los hechos, en dicho lapso se incorporaron múltiples probanzas, entre ellas, se comisionó a investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación para que adelantara las diligencias tendientes a la individualización e identificación de los autores o partícipes, se recibieron testimonios de varias personas que presenciaron el acontecer fáctico y se anexaron las actas de necropsias de las víctimas. Empero, una vez oídos en versión juramentada Jimmy Alejandro Ardila (víctima) y de Asdrúbal Estiven Gómez, el 3 y el 5 de marzo de 2003, respectivamente, el 11 del mismo mes y año se dispuso la apertura de instrucción.

Es verdad que el artículo 325 de la Ley 600 de 2000, establece que la investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses “vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria”. Sin embargo, revisada las actuaciones procesales cumplidas en dicha etapa, se evidencia que el fiscal en estricto cumplimiento de lo consagrado por el artículo 322 de dicha normatividad, la misma se extendió en procura de “recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible”, al punto que una vez recibidos los testimonios inculpativos, el instructor procedió a dictar la resolución de apertura de instrucción, máxime cuando es la misma ley la que impide la apertura de investigación hasta tanto no se conozca la identidad o individualización del autor o partícipe de la conducta punible.

Dicho de otra forma, si bien es cierto que el término de la investigación preliminar se extendió en dos (2) meses más a los señalados por la ley, también lo que tal aspecto tuvo como génesis dar cabal cumplimiento a los fines de la investigación previa, que en este evento era la individualización o identificación de los autores o partícipes, lo cual una vez cumplido se abrió la correspondiente instrucción.

Ahora bien, del anterior recuento procesal se advierte que el acusado en la diligencia de

indagatoria, en la que estuvo asistido por un apoderado de confianza, se mostró ajeno a los hechos objeto del proceso al informar que se encontraba en lugar distinto al señalado en el fallo impugnado.

De ahí que no resulte atinado sostener, como lo hace el casacionista, que la inactividad de acusado trajo como consecuencia que él no se acogiera a los beneficios punitivos consagrados para la sentencia anticipada, puesto que la realidad procesal muestra que en el ánimo de Usuga Serna y dentro de la estrategia defensiva no estaba la de aceptar los cargos. Todo lo contrario, tal como lo anota el propio censor el sustento de la coartada estaba edificado sobre que el acusado no participó en los hechos, en la medida que se hallaba en otro lugar.

En cuanto a los reparos presentados por el libelista, advierte la Sala que los mismos no tienen la relevancia planteada en la demanda que imponga la casación de la sentencia. Es cierto que el defensor técnico no solicitó pruebas ni impugnó las decisiones que se adoptaron a lo largo de la etapa instructiva; empero tal circunstancia no conduce necesariamente a predicar que hubo inactividad del citado profesional, puesto que, además de que no se demostró que tal actitud no obedeció a una estrategia defensiva, se observa que la defensa técnica no descuido la actuación, en la medida que se notificó, de manera personal, de la resolución que resolvió la situación jurídica del acusado.

De la misma manera, si bien es cierto que el defensor de confianza no participó en el proceso de producción y aducción de los testimonios de Gloria Nelly García, Flora María Rojas de Valencia, Henry Ferney Valencia, Luz Dary Botero, María Elvia Gómez y de Martha Lucía Botero, de todos modos no se advierte cómo de haber estado presente el representante de la defensa técnica en tales diligencias, la narrativa de los declarantes habría sido distinta y favorable al hoy sentenciado. Y si el reparo estaba fundado sobre el supuesto de que el apoderado de confianza no pudo ejercitar el derecho de

contradicción, como lo ha dicho la Sala, tal garantía de la actividad probatoria no se protege únicamente con la presencia del profesional del derecho en el acto de la prueba, en tanto también se puede ejercer no sólo repreguntando a los deponentes sino criticando y confrontándolos con otros elementos de juicio en cuanto a su contenido en etapa ulteriores.

En lo relativo a la posible irregularidad advertida en las constancias secretariales, según las cuales, una vez calificado el mérito del sumario se dejó un informe donde se comunicaba a los sujetos procesales del traslado para que solicitaran aclaración, adición o ampliación de unos dictámenes, y que también se dejó plasmado sobre la apelación de la resolución que resolvió la situación jurídica del acusado, como lo destaca la Procuradora Delegada, se evidencia, en cuanto a la primera, que se trató de un lapsus al incluirse en el folio 350 del cuaderno original en tanto la fiscalía ya había corrido dicho traslado tal como se evidencia al folio 204 del cuaderno original y, respecto de la segunda, se hacía referencia a la pieza acusatoria, impugnación propuesta por el propio acusado quien después desistió.

Finalmente, no sobra recordar que el defensor en la etapa del juicio solicitó las ampliaciones de los testimonios de Martha Cecilia y Doralba Rentería, Adrubal Stiven Gómez y Jimmy Alejandro Ardila y el testimonio de César García, en tanto pretendía desvirtuar los indicios de presencia inferidos en contra de Usuga Serna en la resolución de acusación y, por ende, su responsabilidad en los hechos por los cuales era juzgado.

Que las citadas ampliaciones no pudieron ser allegadas es una realidad irrefutable, así como también que los testigos fueron citados por la justicia, de acuerdo con las constancias que obran en el expediente. Si embargo, tal situación no comporta predicar necesariamente que hubo inactividad de la defensa técnica, en la medida que en el expediente obra constancia en el sentido que ese comportamiento obedeció por cuanto no contaban con los recursos económicos para concurrir al despacho

judicial.

En la audiencia pública el defensor criticó al testigo de cargo, resaltando las presuntas contradicciones en que incurrió al narrar los hechos percibidos y, consecuentemente, con dicha actitud deprecó la absolución de su defendido por la aplicación del in dubio pro reo. Y, como tesis subsidiaria, solicitó que en caso de sentencia condenatoria se aplicaran los mínimos de la pena.

Y, finalmente, en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia se opuso a las conclusiones probatorias del fallo en cuanto a la construcción indiciaria sustento del juicio de responsabilidad soportada en los testimonios de Jimmiy Alejandro Ardila y Asdrúbal Stiven Gómez, entre otras cosas.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no se puede predicar que en este evento el procesado no contó con una defensa técnica activa, en la medida que las constancias procesales demuestran otra cosa.

Por manera que no le asiste razón al censor para demandar la casación del fallo con base en la violación del derecho de defensa, motivo por el cual la censura no está llamada a prosperar.

Segundo cargo

1. El defensor de Miguel Alejandro Usuga Serna, con base en la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera indirecta, la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia, toda vez que supuso que el acusado tenía antecedentes penales, yerro que incidió en el proceso de determinación de la pena, puesto que establecido el ámbito punitivo de movilidad se partió del cuarto máximo al estimarse que en este evento sólo concurrían circunstancias de mayor punibilidad.

2. Es verdad, como lo destaca el casacionista y lo coadyuva la Procuradora Delegada, que en el plenario no hay elemento de juicio que lleve a predicar que efectivamente en contra del acusado pesa una condena y que la misma haya hecho tránsito a cosa juzgada.

La única referencia que hay sobre dicho tópico fue la que suministró el acusado en la diligencia de indagatoria, en la que manifestó que tiempo atrás había estado privado de su libertad sin recordar la nominación del despacho. Sin embargo, como lo resalta la Procuraduría, de tal manifestación no era posible concluir que en contra de Usuga Serna había una condena ejecutoriada y, por lo mismo, para efecto de la determinación de la pena y como quiera que al acusado no se le había atribuido circunstancias de menor punibilidad, se imponía moverse dentro del cuarto máximo, de acuerdo con lo regado por el artículo 61 de la Ley 599 de 2000.

Recuérdese que el artículo 7° de la Ley 600 de 2000 consagra que “únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales”. Por manera que, si la citada circunstancia de mayor punibilidad no fue atribuida en el pliego de cargos de manera clara y expresa, al juzgador no le era dable entrar a inferirla en la sentencia y menos tenerla en cuenta para el proceso de individualización de la pena.

De ahí que le asista razón al casacionista para denunciar la violación indirecta de la ley sustancial por error cometido en la apreciación de la prueba que lo llevó a concluir que en contra del acusado pesaba una condena por otra conducta punible, yerro que incidió en contra el acusado en el proceso de determinación de la pena, en tanto se partió del último cuarto del ámbito punitivo de movilidad.

En consecuencia, el cargo está llamado a prosperar.

DETERMINACIÓN DE LA PENA

En primer término vale aclarar que el instructor acusó a Usuga Serna por la comisión de las siguientes conducta punibles: cuatro homicidios, unas lesiones personales, de acuerdo con los artículos 111 y 113, inciso 2°, de la Ley 599 de 2000, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, según lo preceptuado por el artículo 365, ibidem.

Así mismo, estimó que en la conducta del procesado concurría la circunstancia de mayor de punibilidad de “obrar en coparticipación criminal”.

Sin duda, como lo concluyeron los juzgadores de instancia con base en el 31 de la Ley 599 de 2000, es el homicidio la conducta punible más grave, según su naturaleza, delito que contiene una pena de prisión que oscila entre 156 y 300 meses.

Por consiguiente, se hace necesario establecer el ámbito punitivo de movilidad de la conducta de homicidio y, por lo mismo, establecer los cuartos de pena de la siguiente manera: primer cuarto mínimo de 156 y a 192 meses, el primer cuarto medio de 192 meses y 1 día a 228 meses, el segundo cuarto medio de 228 meses y 1 día a 264 meses y, el último cuarto, de 264 meses y 1 día a 300 meses.

Ahora bien, como quiera que en contra del procesado concurre la circunstancia de mayor punibilidad de “obrar en coparticipación criminal”, de acuerdo con lo previsto por el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, y la de menor punibilidad de “carencia de antecedentes penales”, según lo previsto por el artículo 55, numeral 1°, de la citada Ley 599, necesariamente se impone partir del primer cuarto medio.

En efecto, el artículo 61 de la multicitada Ley 599, estatuye que el juzgador sólo podrá moverse “dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva”. De ahí que para efecto de la dosificación de la pena la Corte tendrá el quantum de pena estipulado para lo cuartos medios, esto es, de 192 meses y 1 día a 264 meses de prisión.

Con el fin de no avasallar el principio de la no reforma en peor, máxime cuando el procesado es el único recurrente en esta sede, de acuerdo con lo reglado por el artículo 31 de la Constitución Política, se tendrá la misma proporción fijada en las instancias en virtud del concurso de delitos, esto es, por las restantes conductas de homicidio (3), lesiones personales y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal, que en este evento fue de 210 meses de prisión, monto calculado sobre el mínimo de pena consagrado para el último cuarto de movilidad, lo que equivale a un 79.53%.

En consecuencia, teniendo en cuenta los anteriores derroteros trazados por el sentenciador de primer grado, confirmado por el Tribunal, resulta fácil advertir que la Corte partirá del mínimo de pena consagrado para el primer cuarto medio, esto es, 192 meses y 1 día, guarismo al cual se le aumentarán 152 meses que, como se dijo, equivale al 79.53%, lo que arroja una pena definitiva de 344 meses y 1 día.

En lo demás, el fallo no sufre ninguna modificación.

Por manera que se condenará a Miguel Alejandro Usuga Serna a la pena principal de 344 meses y 1 día de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años como coautor de las conductas punibles de homicidio, en concurso homogéneo, lesiones personales y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal.

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,

R E S U E L V E

1. Casar parcialmente la sentencia impugnada por prosperar el cargo segundo presentado en la demanda y, en su lugar, condenar a Miguel Alejandro Usuga Serna a

la pena principal de 344 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años, como coautor de las conductas punibles de homicidio, en concurso homogéneo, lesiones personales y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. En lo demás, el fallo no sufre ninguna modificación.

3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Excusa justificada

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria