

Proceso No 24249

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N° 025

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007).

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO, RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ y LEONARDO GUAYARA MESA, condenados en fallos proferidos por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de Bogotá, y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, como coautores penalmente responsables de las conductas punibles de hurto calificado y agravado, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal así los narró:

“El 12 de agosto de 1995 Carlos Arturo Regalado Hernández conducía el vehículo de servicio público de placas SEH-110 en el sector de “La Sevillana” del perímetro urbano de la ciudad de Bogotá y hacia las 11 de la noche tres sujetos lo requirieron para que los

llevara al destino del barrio Santa Librada por la vía de la Avenida al Llano, pero a la altura del botadero de basura “Doña Juana” uno de ellos lo intimidó con un arma de fuego obligándolo a entregarles el automotor.

Solicitó la ayuda de los agentes de Policía de un Centro de Atención Inmediata y media hora más tarde en el cruce de las Avenidas Boyacá con Candelaria se logró la aprehensión de los delincuentes, quienes fueron identificados con los nombres de Fernando Martínez Fajardo, Rubén Darío Fajardo Hernández y Leonardo Guayara Mesa.”

2. Abierta la investigación mediante resolución del 13 de agosto de 1995¹, fueron vinculados mediante indagatoria LEONARDO GUAYARA MESA², FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO³ y RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ⁴, y la Fiscalía 130 de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Bogotá, al resolverles la situación jurídica les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado, en resolución del 22 de agosto del mismo año⁵, sin beneficio liberatorio alguno. Posteriormente, en providencia del 18 de septiembre de 1995⁶, les imputó fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones y mantuvo la medida precautelar personal en las mismas condiciones.

3. El 13 de octubre de 1995⁷ la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra las dos resoluciones acabadas de mencionar, confirmó la detención preventiva impuesta a los implicados por el delito contra el patrimonio económico, revocó la medida irrogada por el injusto contra la seguridad pública y oficiosamente les reconoció el derecho a la libertad provisional.

4. Cerrada la instrucción, el 19 de noviembre de 2002⁸ la Fiscalía Seccional Ciento Treinta de Bogotá al calificar el mérito del sumario acusó a los procesados

como presuntos coautores del delito de hurto calificado y agravado (artículos 349, 350-1º y 351-6º y 10º del Código Penal de 1980), en concurso con porte ilegal de armas de defensa personal (artículo 201 del antes citado Estatuto Punitivo).

5. Correspondió al Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de Bogotá adelantar el juicio y mediante sentencia del 10 de octubre de 2003⁹ condenó a LEONARDO GUAYARA MESA, FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO y RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ por las conductas punibles endilgadas en el pliego de cargos, a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término —en aplicación favorable del Código Penal de 1980—, sanciones cuya ejecución ordenó en el recinto carcelario. No impuso condena al pago de perjuicios.

6. La providencia anterior fue apelada por el defensor de los procesados y el Tribunal Superior de Bogotá, el 9 de noviembre de 2004¹⁰ la confirmó en su integridad, decisión contra la cual el mismo impugnante interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación que ahora se decide.

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

* Las demandas:

En representación de los procesados FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO, RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ y LEONARDO GUAYARA MESA, el mismo actor formula contra la sentencia de segundo grado, en libelos separados, los siguientes ataques:

Primer cargo, común a todos los acusados.

Invocando la causal tercera de casación, consagrada en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, propone nulidad “sustancial y procesal” con fundamento en varios motivos que si bien es cierto anuncia que desarrollará siguiendo un orden de subordinación, en realidad no cumple pues mezcla indistintamente los argumentos, obstáculo que la Sala por razones metodológicas salvará diferenciando los planteamientos relacionados con los vicios de garantía de los de estructura, sin desconocer que eventualmente pueden existir deficiencias que afectan simultáneamente los dos ámbitos, según lo ha establecido en su jurisprudencia¹¹.

1. El quebranto al derecho de defensa técnica lo deriva de las irregularidades a continuación sintetizadas:

1.1. La ausencia de notificación de las siguientes providencias: la que clausura la fase sumarial, la acusatoria, la que ordena el traslado previsto en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal y aquellas mediante las cuales se convoca a las audiencias, omisión reprochable e imputable a los funcionarios judiciales que en lugar de enviar las comunicaciones respectivas a la dirección registrada por los acusados en el acta de compromiso que suscribieron ante la Fiscalía –carrera 51 Este N° 92B–28 Sur, barrio Virrey de esta ciudad (fl. 145)– las remitieron, en el caso de FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO, a la siguiente confusa dirección “Finca, Municipio Valparaíso, Florencia, Caquetá”, mientras que a LEONARDO GUAYARA MESA, con el erróneo apellido GUAYACÁN, a la manzana 6, casa 10, urbanización Bella Vista, Primera Etapa de la citada capital, razón por la cual no las recibieron y se vieron privados del derecho de controvertir las providencias dictadas en su contra con repercusión desfavorable en el derecho fundamental de defensa.

1.2. Igual situación asegura se presentó respecto del defensor, cargo inicialmente ocupado por él, pues no obstante haber informado en diligencia de descargos del 5 de octubre de 1995, obrante al folio 111 del cuaderno original, la nueva

dirección de su oficina, la comunicación del cierre de la investigación y de la resolución calificatoria le fue enviada inexplicablemente a la calle 19 No. 3A-43, oficina 204, según consta en el folio 145 ibídem, y como no pudo ser localizado fue reemplazado por un defensor de oficio, anomalía a la cual suma la imposibilidad que tuvo para revisar el expediente durante el período comprendido entre los meses de diciembre de 1995 y mayo de 2002, por haberlo refundido la Fiscalía, inconvenientes que le impidieron impugnar no sólo las mencionadas providencias sino los fallos recaídos en contra de sus representados.

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal le niega éxito a la tacha propuesta por la indebida dirección imprimida a la correspondencia enviada a los procesados para comunicarles las decisiones importantes tomadas dentro del plenario porque el libelista no logra demostrar la incidencia de tal deficiencia en las providencias que afectaron a sus representados y, en el caso del defensor, porque no advirtió expresamente el traslado de su oficina, pues la diligencia de descargos por la violación de la reserva sumarial que menciona, se produjo sin conexión directa con el objeto del proceso, aparte de que su gestión fue efímera si en cuenta se tiene que cuando presentó los títulos correspondientes a las cauciones prendarias exigidas a sus representados, faltaban seis días para que perdiera vigencia la Licencia Profesional temporalmente a él otorgada.

Además, expresa sorpresa por el silencio guardado por la defensa ante el extravío durante siete años del expediente en la Fiscalía, sin otorgarle capacidad anulatoria.

1.3. El censor estima que también conculcó la mencionada garantía la inactividad de la defensora de oficio traducida en la omisión de apelación del pliego de

cargos, cuyo contenido estaba llamado a ser impugnado dada la indebida inclusión del delito de porte ilegal de armas en relación con el cual ya había prescrito la acción penal, así como el silencio guardado durante el traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal a pesar de la existencia de nulidades y la inasistencia a la audiencia preparatoria, abandono que culminó con la renuncia injustificada a sus deberes de asistencia profesional.

El Representante del Ministerio Público no le otorga poder invalidante a la reseñada ausencia de gestión de la defensa por estar entre las prerrogativas que legítimamente puede elegir con el propósito de beneficiarse en el futuro de eventuales deficiencias investigativas.

* Examen de la censura

De las diferentes irregularidades indicadas por el censor al postular el cargo por vulneración al derecho de defensa la Sala establecerá si la notificación de la resolución acusatoria se ciñó a los parámetros fijados en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, precepto vigente cuando se tramitó el presente proceso, pues de lo contrario podría sobrevenir la anulación de la presente actuación. Dicha norma dispone:

“Al defensor y al procesado que estuviere en libertad, se les citará por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que comparecieren, se presentare excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a

comparecer, se le designará un defensor de oficio, con quien se continuará la actuación.

Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.”

Revisada la actuación se observa que de manera infundada afirma el demandante que a sus representados LEONARDO GUAYARA MESA y RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ no se les comunicó la emisión de la resolución acusatoria a la dirección por ellos suministrada, como quiera que en las copias de las citaciones elaboradas por la Fiscalía el 28 de noviembre de 2002¹², con dicha finalidad, aparece signada la nomenclatura que ellos indicaron el 19 de octubre de 1995, al suscribir las actas de compromiso con el fin de disfrutar de la libertad provisional¹³ —carrera 51 Este #92B–28 Sur, barrio El Virrey de Bogotá¹⁴—, correspondencia que permite concluir que fueron debidamente enterados de la producción de la citada resolución.

Situación diferente se presenta en relación con FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO a quien se le envió la citación a una finca indeterminada del Municipio de Valparaíso, Caquetá¹⁵, seguramente porque fue ésta el área por él indicada como lugar de residencia al momento de rendir indagatoria¹⁶, luego le asiste razón a censor al descalificar dicha actividad pues ha debido ser citado a la última dirección conocida en el proceso, es decir, la del acta promisorio ya mencionada que, valga anotar, coincide con la de la residencia de RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ.

Sin embargo, la anomalía antes mencionada tendría la capacidad de enervar la actuación en caso de constatar que al defensor no le fue notificada personalmente la providencia calificatoria, a tono con lo dispuesto en el penúltimo inciso de la norma previamente copiada.

Bajo el entendido que el legislador penal ha diseñado un determinado esquema procesal con el fin primordial de realizar el derecho sustancial, es indispensable examinar todas

las actuaciones en conjunto, por ser esta la forma idónea para detectar la verdadera incidencia del yerro denunciado.

Se tiene que durante las indagatorias los tres procesados estuvieron asistidos por los abogados designados por cada uno de ellos¹⁷; después asumió la defensa del trío tan sólo uno de los profesionales que venía actuando¹⁸ (suministró la siguiente dirección: la calle 19 #3^a-43, oficina 204 de Bogotá, teléfonos 7100392 y 3425928), quien impugnó las providencias mediante las cuales se adoptó medida precautelar personal en contra de los imputados, inicialmente por el delito de hurto calificado y agravado –en relación con el cual planteó tentativa–, y después por la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones.

También obra en el ciclo instructivo una diligencia de descargos por violación de la reserva sumarial, firmada el 5 de octubre de 1995 por el abogado común a todos los procesados, oportunidad en la cual indicó la siguiente dirección de residencia: Carrera 60 Bis #42-32 Sur de Bogotá¹⁹.

Ahora bien: las citaciones para notificarlo de las resoluciones mediante las cuales se clausuró dicha etapa y se calificó su mérito probatorio fueron remitidas a la dirección de la oficina por él indicada²⁰, luego por el hecho de no haber sido enviadas a su residencia no se puede afirmar que se incumplió con el deber legal de citación, como quiera que la experiencia enseña que las actividades laborales deben comunicarse al lugar en donde el profesional las ejerce y si este no enteró a la Fiscalía del cambio de dirección –sino que indicó otra marginalmente en la señalada diligencia, según destaca el Ministerio Público–, no se le puede imputar a la citada entidad el fracaso de su localización, registrado dentro del proceso en constancia del 5 de diciembre de 2002²¹.

Al no contar, entonces, los acusados con defensor a quien enterar del pliego de cargos, oficiosamente fue designada una abogada para que los asistiera en adelante, a quien

se le notificó personalmente su contenido el 10 de diciembre de 2002²², cumpliéndose de esta manera con las exigencias fijadas en el invocado artículo 396.

A esta profesional se le comunicó el traslado previsto en el artículo 400 del Estatuto Punitivo; la providencia que señaló fecha para audiencia preparatoria, sin que la inasistencia a tal acto configure irregularidad dada la ausencia de los procesados por no estar privados de la libertad (artículo 401 del Código de Procedimiento Penal); se le informó de la fecha fijada para la audiencia pública el 31 de julio de 2003, momento a partir del cual renunció al cargo a ella encomendado por haber trasladado su residencia de esta capital para Chocontá, ante lo cual el Juzgado designó un nuevo defensor quien intervino ampliamente en el debate oral²³; y notificado del fallo condenatorio interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

La precedente relación procesal permite concluir que los procesados no estuvieron privados de defensor durante ningún segmento de la actuación procesal; los diferentes abogados que los asistieron de manera sucesiva y permanente fueron citados para que concurrieran a notificarse de las providencias emitidas, y el de turno, fue notificado personalmente de la resolución acusatoria; cada uno de los profesionales, en el momento procesal oportuno, impugnaron las decisiones mediante las cuales les fue limitada la libertad a sus representados, incluido el fallo condenatorio, luego la omisión de interposición de recursos contra el pliego de cargos, el silencio guardado durante el traslado previsto al inicio del juicio para su preparación y la inasistencia a la audiencia preparatoria, contempladas dentro de la totalidad del procedimiento cumplido –y no individualmente como lo hizo el libelista–, no evidencian cómo las supuestas irregularidades reseñadas por el actor y, especialmente, la falta de citación del procesado FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO a la última dirección por él indicada, para que se enterara de la resolución acusatoria, avasallan el derecho de defensa de los procesados, aparte de que, según acertada opinión del Ministerio Público, las ocasionales

inactividades del representante de los acusados, bien pudieron corresponder a una estrategia defensiva.

El prolongado extravío del expediente denunciado tardíamente en la demanda de casación y su ausencia de demostración, no tiene vocación alguna para afectar la validez de la actuación según opina también el Procurador Delegado.

Al no lograr el censor demostrar el ataque analizado su pretensión de anulación no prospera.

2. La trasgresión al debido proceso, a juicio del recurrente, proviene de los siguientes defectos:

2.1. De la prosecución de este procedimiento a pesar de la configuración del fenómeno de la prescripción de la acción penal del delito contra la seguridad pública endilgado a los acusados.

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal encuentra fundado el señalado motivo de anulación, previa la realización de los cálculos temporales indispensables y la aplicación de las normas pertinentes que lo llevaron a coincidir con el censor en la consolidación de la referida causal de extinción de la acción penal durante la fase sumarial, motivo por el cual recomienda casar parcialmente el fallo impugnado para eliminar el incremento de seis meses de prisión aplicado por la conducta contra la seguridad pública, al momento de individualizar las penas irrogadas por el concurso delictual.

2.2. También planteó el recurrente como factor de conculcación del debido proceso, la indiferencia de la Fiscalía que actuó en primera instancia ante la

revocatoria expresa de la imputación de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, adoptada por la oficina que desató –en resolución del 13 de octubre de 1995– la apelación interpuesta contra la providencia mediante la cual se impuso medida de aseguramiento a los justiciables por dicha conducta punible, pues en la providencia calificatoria de primer grado fueron acusados de dicha conducta a pesar de no habérseles incautado arma alguna al momento de la aprehensión, ni haberse demostrado que la hubieran arrojado al suelo.

Asegura que los vicios antes descritos conllevaron al quebranto de las siguientes normas sustanciales: artículos 27, 61, 62, 63, 64–1°–7°, 79 y 90 del Decreto 100 de 1980; y el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986. Del Código de Procedimiento Penal de 1991 invoca los artículos 38, 307–5° y 310.

Como colofón, solicita se declaren nulas de pleno derecho las actuaciones enunciadas en su demanda por violar los derechos fundamentales de sus patrocinados y “...poner en peligro la seguridad jurídica del Estado...”, lo cual conllevaría a la prescripción de la acción penal de los dos delitos por los cuales fueron acusados –fenómeno que considera abarca el injusto patrimonial dada su imperfecta ejecución, tesis que fundó en el argumento único de la recuperación del automotor objeto de la acción quince minutos después de haber sido despojado de él su propietario– y a la cesación de procedimiento, e implicaría casar el fallo condenatorio.

El Procurador se abstuvo de acoger el planteamiento de la prescripción de la acción penal elaborado por el actor en relación con el punible patrimonial bajo el presupuesto de que no se consumó, pues tanto en la resolución acusatoria como en los fallos de condena se imputó en dicho grado de ejecución.

* Análisis del quebranto:

En primer lugar, observa la Sala que efectivamente la acción penal por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones se encuentra prescrita.

En efecto, dispone el artículo 83 del Código Penal que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de libertad, pero sin que en ningún caso pueda ser inferior a cinco (5) años.

El incurso penal en mención tanto en el Código Penal de 1980 como en el del año 2000, contempla pena de prisión que oscila entre uno (1) y cuatro (4) años, siempre y cuando no concurra circunstancia específica de agravación punitiva, como en este evento.

Quiere decir lo anterior que el término de prescripción para este punible es de cinco (5) años, lapso que contado a partir del 12 de agosto de 1995 –fecha en la cual ocurrieron los hechos– y hasta el 30 de diciembre de 2002 –cuando adquirió ejecutoria resolución de acusación–, lleva a concluir que evidentemente se ha superado, razón por la cual se extinguirá la acción penal por dicho punible en la forma solicitada por el casacionista y prohijada por el Procurador Delegado.

Ahora, como desde la perspectiva de la casación cuando la prescripción se produce antes de la sentencia de segunda instancia, conforme sucedió en este caso, el fallo impugnado está impregnado de ilegalidad porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo, anomalía que no cabe duda genera nulidad violatoria del debido proceso, pues el juicio se adelantó por un delito –específicamente por fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones– cuya acción penal estaba prescrita, se casará parcialmente el fallo impugnado –como quiera situación diferente se presenta con el punible restante, según se analizará más adelante–, para declarar dicho fenómeno, en la forma solicitada por el recurrente y el Procurador

Delegado.

Se impone a la Corte determinar la pena nuevamente, respetando el principio de favorabilidad, al unísono con los juzgadores de instancia, luego si a los procesados se les acusó y se les condenó por lo reglado en el artículo 201 del Decreto 100 de 1980, que contemplaba una pena privativa de libertad de uno (1) a cuatro (4) años de prisión y previa la aplicación de los parámetros de dosificación punitiva consagrados en el artículo 61 del mismo ordenamiento jurídico –y en criterio de la Sala, del artículo 31 del Código Penal de 2000, contentivo de la regla aplicable a los casos de concurso de conductas punibles– se les impuso seis (6) meses de prisión, será reducida en dicho guarismo la pena de cuarenta y dos (42) meses finalmente irrogada, lo cual arroja como resultado treinta y seis (36) meses de prisión, pena ésta que en definitiva se impondrá a los procesados.

Aclarado lo anterior, y como lo reclaman los sujetos procesales intervinientes en el presente trámite, se estudiará la posibilidad de reconocer el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad previsto en el artículo 63 del Código Penal de 2000.

De los condicionamientos estipulados en dicha norma encuentra la Sala que se cumple el de índole objetiva, pues la prisión impuesta no excede de tres años, sin embargo, situación diferente se presenta con el restante, por cuanto la modalidad y gravedad del ataque patrimonial realizado por los acusados tornan necesaria la ejecución de dicha sanción.

Tal determinación constituye un imperativo jurídico en casos de la naturaleza del aquí examinado por la trascendencia social que éstos tienen, en aras de las funciones que de la pena ha establecido el artículo 4º ibídem, esto es, prevención general, retribución justa y prevención especial, pues, si de la primera se trata, la comunidad debe tener muy claro que las conductas punibles realizadas sobre automotores con los

cuales las personas se dedican a la prestación del servicio público de transporte, y, en especial de quienes tienen como principal fuente de ingresos dicha actividad, les causan grave daño a quienes les son arrebatados, más aún, cuando se utilizan armas de fuego, como ocurrió en el despojo del taxi a Carlos Arturo Regalado, que de no haber sido por la eficaz acción policial seguramente no lo habría recuperado, pues sabido es que los vehículos hurtados suelen ser rápidamente enajenados o “deshuesados” por las mafias dedicadas a su comercialización ilícita, actividad que, además, termina afectando a toda la sociedad y generando zozobra permanente dada la vulnerabilidad puesta de presente con esta clase de hechos que merecen un tratamiento severo orientado a que los autores expíen su conducta, en tanto retribución justa, sino que además, como prevención especial, los disuada de reincidir en nuevos comportamientos criminales.

Acertadamente en el fallo de primer grado, en punto de la improcedencia de la sustitución de la pena de prisión por la prisión domiciliaria, bajo la consideración de que la recuperación de la libertad por los justiciables pondría nuevamente en peligro a la sociedad, se acotó:

“... atendiendo al hecho que poco y nada les interesó asociarse, portar un arma y atentar contra el patrimonio ajeno, en donde igualmente pusieron en riesgo la vida e integridad personal de la víctima al exhibir un arma de fuego, que ante una reacción diversa del perjudicado, hubiese llevado a consecuencias aún más funestas...”,

En consecuencia se mantendrá la decisión de ejecutar las penas irrogadas.

En segundo término, la Sala considera que si bien el censor hizo una genérica alusión a la prescripción de la acción penal del hurto calificado y agravado bajo el supuesto de no haber alcanzado su perfecta ejecución, la ausencia de desarrollo de dicho

planteamiento condena al fracaso la tacha formulada por el dictado de sentencia condenatoria por tal delito, y liberaría a la Sala de discusión, empero dada la tendencia positiva de transformar el recurso de extraordinario de casación en verdadero recurso de amparo, se abordará el examen del punto.

No incurrió el Tribunal en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 27 del Código Penal que regula el dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, pues en ningún momento los juzgadores declararon demostrados los presupuestos condicionantes exigidos para la configuración de dicha figura.

Tampoco hay razón para pensar que transgredieron indirectamente la norma sustancial antes citada por supuesta falta de aplicación, en razón de haber incurrido en errores de hecho en la valoración del material probatorio recaudado, en cualquiera de las especies admitidas por la jurisprudencia de esta Sala, a saber, por falso juicio de existencia, o falso juicio de identidad o derivados de falso raciocinio, conceptos que en ningún momento mencionó el libelista revelando el desconocimiento de las pautas técnicas fijadas por esta Corporación para la sustentación del extraordinario recurso de casación.

Pero lo cierto es que la revisión de los elementos de prueba indican que en proximidades al depósito de basuras “Doña Juana”, ubicado en la avenida que de esta capital conduce a los Llanos orientales, a la media noche del 12 de agosto de 1995, le fue arrebatado el taxi a Carlos Arturo Regalado Hernández, bajo intimidación con arma de fuego, cuando prestaba a tres personas desconocidas un servicio de transporte, lugar en donde fue obligado a abandonar el automotor, y como reportara inmediatamente tal suceso a las autoridades policivas, éstas al avistar el vehículo en la intersección de la avenida Boyacá y el puente de “La Candelaria”, lo interceptaron y dieron captura a sus

ocupantes que resultaron ser los aquí procesados.

Estos episodios fueron confirmados testimonialmente de manera coherente, circunstanciada e imparcial por el perjudicado antes nombrado y por los dos funcionarios que realizaron el operativo descrito²⁴ —Fredy Alonso Piñeros y Luis Felipe Blanco Leal—, luego no hay razón para considerar equivocado el encuadramiento que los juzgadores hicieron en el delito de hurto calificado y agravado consumado.

Ha señalado la Corte en reciente pronunciamiento²⁵ y ahora lo reitera, que el momento consumativo del delito de hurto se produce cuando el sujeto activo de la conducta extrae el bien de la esfera de custodia de su dueño, poseedor o tenedor, con la intención de lucro pues de acuerdo con la norma no se requiere la materialización o logro de la utilidad o ganancia.

En este caso la guardia policial obstaculizó el escape de los asaltantes y permitió su captura en poder del automotor que pocos minutos antes había sido arrebatado a su dueño, lo cual indica que se completó la ejecución del delito y como efectivamente salió —aunque haya sido brevemente— de la esfera de custodia de su dueño, se consumó, por lo tanto, cabe la conclusión de que la conducta superó la tentativa.

En consecuencia, la tacha formulada lacónicamente por el censor no tiene ninguna vocación de éxito.

Segundo reparo, postulado en la demanda presentada a nombre de RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ y LEONARDO GUAYARA MESA:

Acusa la sentencia recurrida bajo el contexto de la causal primera de casación, consagrada en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, a raíz de la

violación indirecta de la norma sustancial que define y sanciona el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones (artículo 1º, Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por igual preceptiva del Decreto 2266 de 1991, vigente cuando ocurrieron los hechos juzgados) derivada de los errores de hecho –aunque no precisa la especie– consistentes en la falta de apreciación del informe policivo que da cuenta de la ausencia de armas.

El libelista anuncia otra gama de yerros de la misma categoría, sin embargo, se limita a volver a quejarse por la acusación formulada en primera instancia por la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones en contravía de la decisión adoptada en sentido opuesto en la resolución de segundo grado, y, a su juicio, sin respaldo probatorio alguno.

Las normas transgredidas como consecuencia de los defectos mencionados son, a juicio del actor, los artículos 232 y 238 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Al final, solicita casar en su integridad el fallo impugnado; y declarar prescrita la acción penal por el hurto calificado y agravado en grado de tentativa, y la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, endilgados a sus representados y, en consecuencia, disponer la cesación de procedimiento.

El representante del Ministerio Público opina que la eventualidad propuesta en esta censura decae no sólo porque el demandante ya se había inclinado por la extinción de la acción penal de la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones –lo cual tornaba innecesario el esfuerzo argumentativo sobre las supuestas falencias de valoración probatoria sobre la responsabilidad de los acusados en dicho delito–, sino porque encuentra acertada la ponderación probatoria realizada por los juzgadores sobre dicha categoría jurídica.

En conclusión, insiste en la procedencia de casar parcialmente el fallo impugnado con el

fin de anular lo actuado a partir de la clausura de la investigación dada la prescripción de la acción penal por el atentado contra la seguridad pública, y resalta la necesidad de redosificar las sanciones impuestas por el restante delito.

* Omisión del estudio del reparo por sustracción de materia

En virtud de la extinción de la acción penal de la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, no se escrutará la tachada atinente a dicha conducta punible, según destaca el Procurador Delegado, cargo que resulta inabordable, además, por la forma antitécnica como lo presentó el libelista, lo cual impone su desestimación.

En suma, la Sala casará parcialmente el fallo impugnado.

A mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada y declarar prescrita la acción penal por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, y, por consiguiente, CESAR PROCEDIMIENTO a favor de FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO, LEONARDO GUAYARA MESA y RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ en relación con la conducta punible acabada de mencionar.
2. En consecuencia, FIJAR en treinta y seis (36) meses la pena de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a las cuales son acreedores FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO, LEONARDO GUAYARA MESA y RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ por el delito de hurto calificado y agravado.

3. NEGAR la suspensión condicional de la ejecución de las penas irrogadas a los procesados antes nombrados.
4. NO CASAR el fallo en lo demás. Y,
5. ADVERTIR que contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

1 C. orig. N° 1, fol. 7.

2 C. orig. N° 1, fls 33 a 37.

3 C. orig. N° 1, fls. 29 a 32.

4 C. orig. N° 1, fls. 38 a 41.

5 C. orig. N° 1, fls. 42 a 50.

6 C. orig. N° 1, fols. 83-88.

7 C. orig. de la Fiscalía de segunda instancia, fols.6-18.

8 C. orig. N° 1, fls. 149 a 153.

9 C. orig. N° 3, fls. 3-7.

10 C. orig. N° 4, fls. 3 a 7

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto del 23 de febrero de 2005, rad. N° 23.166.

12 C. orig. N° 1, fol. 155.

13 Antecede la resolución mediante la cual la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores con sede en esta ciudad, en providencia del 13 de octubre de 1995, es reconoció el derecho a la libertad provisional de anotar, según se constata en el C. orig. N° 2, fols. 6-19.

14 C. orig. N° 2, fols. 29-30.

15 C. orig. N° 1, fol. 154.

16 C. orig. N° 1, fol. 29.

17 FERNANDO MARTÍNEZ FAJARDO y LEONARDO GUAYARA MESA, por el doctor Juan de Jesús López Mendieta, según se lee a los folios 29-33 y 38 del C. orig. N° 1; y RUBÉN DARÍO FAJARDO HERNÁNDEZ, por el doctor Esteban Ossa Collazos, conforme obra al fol. 41 ibídem.

18 El doctor Esteban Ossa Collazos como se puede ver en el poder visible al folio 63 del mismo cuaderno.

19 C. orig. N° 1, fol. 111.

20 C. orig. N° 1, fols. 144 y 156.

21 C. orig. N° 1, fol. 157.

22 C. orig. N° 1, fols. 158, 159 y 153.

23 Esta actuación se verificó en el cuaderno de primera instancia correspondiente al juicio.

24 C. orig. N° 1, fols. 13, 8 y 10.

25 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. del 20 de septiembre de 2005, rad. N° 21.558.