

Proceso No 26560

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 112

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil siete (2007).

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de JOSÉ LUIS GARCÍA QUINTERO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 5 de julio de 2006 que, al confirmar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad el 29 de septiembre de 2004, lo condenó a la pena principal de 470 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 los delitos de homicidio agravado y hurto calificado agravado.

H E C H O S

El juzgador de segunda instancia los sintetizó de la siguiente manera:

“Informan las foliaturas que el día 28 de abril de 1997 seis individuos fuertemente armados ingresaron al establecimiento comercial SAO, ubicado en el Centro Comercial La

Plazuela de esta ciudad, y luego de amedrentar a los empleados y dominar al personal de vigilancia, se apoderaron de una fuerte suma de dinero, dándose posteriormente a la huida. Avisadas las autoridades de tal acontecer, se desplegó un rápido operativo, donde los miembros de la Policía Nacional, tras interceptar una parte del grupo de antisociales que transitaban por el barrio San Fernando de esta urbe, se enfrentaron a disparos, arrojando como resultado la muerte del agente ÁLVARO SUÁREZ TORRES y del menor BISMAR CASTRO, quien se encontraba en el lugar de los hechos.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Luego de una investigación preliminar, el Fiscal Décimo de la Unidad Especializada de Vida de Cartagena, el 1° de septiembre de 1997, declaró la apertura de la instrucción.

Mediante providencia del 22 de septiembre de 1997, el instructor dispuso emplazar, entre otros, a José Luis García Quintero. Por auto del 30 de septiembre siguiente, fue declarado persona ausente y se le designó un defensor de oficio.

El 23 de noviembre de ese mismo año, el instructor definió la situación a José Luis García Quintero, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y hurto agravado.

Luego de vincular a la investigación a través de indagatoria a Raimundo Enrique Utria Tilano, se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los mismos delitos.

Ahora bien, de acuerdo con la denuncia presentada por el señor Víctor Jesús Torres empleado del almacén SAO, en relación con el hurto que se presentó en dicho sitio, el Fiscal Segundo Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, el 8 de mayo de 1997, declaró la apertura de investigación preliminar.

Practicados varios reconocimientos fotográficos y recibidos varios testimonios, el 28 de agosto de 1997, el Fiscal Segundo Delegado ante los Jueces Penales del Circuito declaró la apertura de la instrucción. Dentro de dicha actuación se escuchó en indagatoria a Álvaro José Fuentes Vueltas.

Por oficio del 19 de noviembre de 1997, el citado funcionario judicial remitió lo actuado al Fiscal Décimo, quien realizó diligencia de reconocimiento fotográfico, escuchó nuevamente en indagatoria a Enrique Horacio Flórez Ávila y vinculó a la actuación a José Miguel Arrieta Díaz y a César Elías Contreras Fernández, absteniéndose de decretar detención preventiva en contra de los dos últimos.

El 23 de diciembre de 1999 se cerró la investigación y, el 23 de febrero de 2001, se calificó el mérito del sumario de la siguiente manera:

- a) Acusó a José Luis García Quintero como coautor de las conductas punibles de homicidio agravado y hurto calificado agravado.
- b) Precluyó la investigación a favor de Álvaro Fuentes Vueltas, César Elías Contreras Hernández, José Miguel Arrieta Díaz y Enrique Horacio Florez Díaz.
- c) Acusó a Raimundo Utria Tilano por el delito de hurto calificado agravado, a título de cómplice.

Ejecutoriada la anterior decisión, el expediente pasó al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena que, luego de tramitar el juicio, el 29 de septiembre de 2004, dictó fallo de primera instancia en el que condenó a José Luis García Quintero a la pena principal de 470 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 agravado y hurto calificado agravado.

Así mismo, condenó a Raimundo Utria Tilano a la pena principal de 80 meses de prisión como cómplice del delito de hurto calificado agravado.

Apelado el fallo por el defensor de José Luis García Quintero, el Tribunal Superior de Cartagena, el 5 de julio de 2006, lo confirmó en su integridad.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de José Luis García Quintero, con base en las tres causales de casación, postula siete cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo

El defensor de García Quintero, acusa al juzgador de segunda instancia de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, al considerar que se vulneró el derecho de defensa.

Dice que si bien es cierto que la fiscalía emitió orden de captura en contra de su procurado, también lo es que no se produjo por parte de las autoridades un resultado satisfactorio en cuanto a las gestiones de búsqueda y localización del imputado.

Por lo anterior, estima que el funcionario judicial obró en forma precipitada al momento de declarar persona ausente al requerido y al designarle un defensor de oficio, sin que previamente hubiera constatado la actividad desplegada por la policía judicial.

En estas condiciones, colige que procede la declaratoria de nulidad de la actuación, a partir, inclusive, de la resolución mediante la cual se efectuó la declaratoria de persona ausente y la consecuente designación de defensor de oficio.

De igual forma, considera que el hecho que se surtiera el interrogatorio al imputado

durante la etapa de audiencia pública no subsana la irregularidad denunciada en la formulación del presente cargo, toda vez que, en su criterio, la defensa material y técnica debe ser garantizada con el cumplimiento de todas las formalidades legales, iniciándose en la etapa de instrucción.

En estos términos, concluye que la irregularidad presentada impedía que se realizara el cierre de la investigación y la posterior calificación del mérito del sumario, razón por la cual, considera evidente la trascendencia del yerro.

Segundo cargo

De igual manera, el defensor de García Quintero, bajo el amparo de la causal tercera de casación, acusa al ad quem de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa por total ausencia de actividad del defensor de oficio designado al procesado, yerro que debe subsanarse a partir del cierre de la investigación.

Sostiene que el profesional del derecho en mención no ejerció su labor dentro de las oportunidades procesales correspondientes, sin que dicha postura pueda considerarse como una estrategia de defensa pasiva.

En este sentido, resalta el casacionista que la inactividad del defensor lesionó las garantías del procesado, puesto que cuando quiso hacer uso de los medios probatorios que demostraban su inocencia, el juzgador los negó.

Por lo anterior, solicita a la Corte decretar la nulidad de la actuación, a partir, inclusive, desde la resolución de cierre de la investigación para que de esta forma se ejerza la defensa técnica.

Tercer cargo

Así mismo, el defensor de García Quintero, con apoyo en la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Señala que la captura de su procurado se efectuó con posterioridad al vencimiento del término de traslado para pedir pruebas, razón por la cual, le era imposible tener conocimiento que obraba proceso penal en su contra, pues sólo después de su aprehensión le fueron informados los cargos.

En estas condiciones, señala que no era dable exigirle a su defendido que las peticiones probatorias realizadas en la audiencia pública fueran presentadas durante el término de traslado para la audiencia preparatoria, quedando claro, en su criterio, que en ningún momento pudo ejercer el derecho de defensa.

De igual manera, considera que no hay argumento que pueda oponerse a las anteriores razones y, menos, con la hipótesis de que fue emplazado, declarado persona ausente y que le fue designado defensor de oficio, toda vez que, en su concepto, dichas actuaciones no resultaron suficientes para evitar la lesión de la garantía.

A su vez, indica que las pruebas negadas se encontraban relacionadas con el fin de demostrar la presencia del procesado en la ciudad de Medellín para la fecha de los hechos, al igual que las declaraciones de los testigos con los que se realizó la diligencia de reconocimiento de fotografías, y la versión del agente de policía Feliciano Durán Martínez, compañero del occiso.

De lo anteriormente expuesto, infiere que a su defendido se le vulneró el derecho de defensa, por lo cual, solicita a la Corte decretar la nulidad de la actuación, a partir, inclusive, de la audiencia pública.

Cuarto cargo

El defensor de García Quintero, con base en la causal primera de casación, acusa al juzgador de segunda instancia de violar en forma indirecta la ley sustancial al incurrir en error de hecho por falso juicio de identidad.

Contrasta el censor el contenido de la declaración del agente Feliciano Durán y el informe de policía número 1358 del 7 de mayo de 1997 con la aprehensión fáctica que de estas pruebas recogen los fallos de instancia, con el propósito de demostrar su falta de correspondencia objetiva.

De esa manera concluye:

Que no es cierto que todos los miembros de la banda de asaltantes, al momento del enfrentamiento con los policías estaban huyendo como lo dice el fallo; tampoco es cierto que cuando empezó el intercambio de disparos con los agentes los dos asaltantes se quedaron para facilitar la huida de los cuatro miembros de la banda; por el contrario, lo que está demostrado, en criterio del censor, es que cuando se produjo el intercambio de disparos sólo se hallaban presentes dos miembros de la banda; de la misma manera dice que no existió un taxi que fuera abordado por el resto de los miembros activos de la agrupación delincriminal mientras los otros se quedaban para enfrentarse con la policía; destaca que hay un distanciamiento cronológico y físico entre el momento de la consumación del hurto y aquel en que se enfrentaron dos de los miembros de la banda con la policía.

Que de acuerdo con lo anterior, todos los miembros de la banda estaban fuera de riesgo de ser alcanzados y capturados, ya tenían asegurado el producto del delito y, por lo tanto, no tenían necesidad de enfrentarse con la policía.

En estas condiciones, sostiene que los fallos de instancia distorsionaron el sentido objetivo de los medios probatorios y le hicieron decir al informe de policía lo que no estaba consignado en él, esto es, que todos los miembros del grupo delincriminal

estaban físicamente presentes y que se dieron a la huida.

De esta forma, considera que el error de hecho por falso juicio de identidad fundamento del presente reproche resulta trascendental, por cuanto incidió en el sentido del fallo impugnado, al encontrar a su procurado como coautor del delito de homicidio.

Por último, señala que para poder considerar a su representado como coautor del homicidio debía encontrarse presente al inicio de la balacera; además, haber emprendido la huida del lugar del tiroteo, situaciones que considera no se encuentran plenamente demostradas en el expediente.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, dictar fallo de reemplazo absolviendo al procesado.

Quinto cargo

Esta vez el defensor de García Quintero, basado en la causal segunda de casación, acusa que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, concretamente, en cuanto a la muerte del menor Bismar Castro.

Afirma que en la resolución de acusación del 23 de febrero de 2001 se calificó la conducta punible como homicidio agravado en concurso con hurto calificado agravado; igual calificación se predicó en la parte resolutive de la sentencia impugnada.

En estos términos, asevera que la muerte del menor solamente fue mencionada al momento del recuento de los hechos, sin que en el resto del texto de la providencia se volviera a advertir, lo que significa que el pliego de cargos se encuentra referido, en exclusiva, a la muerte del agente Álvaro Suárez Torres.

En atención a lo anteriormente expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida

y, en su lugar, proferir sentencia de reemplazo, al considerar que la irregularidad sustancial comentada viola el debido proceso por infracción de las formalidades legales.

Sexto cargo

Nuevamente el defensor de García Quintero, bajo el amparo de la causal tercera de casación, acusa al fallador de segunda instancia de dictar sentencia en un juicio viciado de nulidad, al incurrir en irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en la medida en que la resolución de acusación carece de motivación respecto al delito de homicidio agravado por la muerte del menor Bismar Castro.

Sostiene que en la resolución de acusación se evidencia una falta absoluta de motivación respecto al cargo de la muerte del menor; por tal motivo, colige que no se cumplió con el presupuesto del artículo 398 del Código de Procedimiento Penal.

En este sentido, aduce que en la parte motiva de la providencia referida en precedencia resulta evidente la falta de análisis y valoración de las pruebas que sustentaban el juicio de responsabilidad de su defendido en relación con la muerte del menor.

Así mismo, establece que la carencia de motivación se circunscribe a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el menor recibió el disparo, razón por la cual, se pregunta si la víctima se encontraba al lado de los policías o, por el contrario, al lado de los delincuentes; si recibió el tiro cuando se interponía en la línea de intercambio de disparos y cuál proyectil le causó la muerte.

De igual forma, considera que no se motivó a que título de dolo se imputó el homicidio, pues, según el recurrente, no se elaboró un análisis respecto a la posibilidad de culpa de la víctima o caso fortuito en la muerte del menor.

En este orden de ideas, solicita a la Corte decretar la nulidad de la actuación, a partir, inclusive, de la resolución de acusación.

Séptimo cargo

Finalmente, el defensor de García Quintero, apoyado en la causal primera de casación, acusa al juzgador de segundo grado de haber incurrido en error de derecho por falso juicio de legalidad, al otorgarle validez a la fotografía del procesado, la cual fue objeto de reconocimiento fotográfico por parte de los testigos de cargo, actuación que sirvió de fundamento para declarar la responsabilidad de su defendido en la comisión del delito de hurto calificado agravado.

Advierte que la fotografía en comento fue obtenida en forma ilegal durante una diligencia de allanamiento practicada en la residencia del procesado, sin relación directa con el proceso adelantado en su contra.

Asegura que en el documento fotográfico no se observa placa alguna de identificación, como sucede en el evento de las capturas efectuadas por parte de la policía judicial, situación que, en su criterio, demuestra la obtención ilegal de la fotografía.

En estas condiciones, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, en su lugar, proferir sentencia de reemplazo en la que se absuelva a su representado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA TERCERA

DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Primero, segundo, tercero y sexto cargos

Estima conveniente la Delegada realizar un análisis conjunto de los cargos formulados bajo el amparo de la causal tercera de casación, puesto que considera que las violaciones a

las garantías fundamentales denunciadas se encuentran relacionadas, vulnerándose el derecho de defensa y el debido proceso.

En primer término, acota la Procuraduría que a raíz de la declaratoria de persona ausente, el ente instructor procedió a nombrar un defensor de oficio para que lo representara, profesional que, según observa, no realizó actividad alguna a favor del procesado, toda vez que no presentó alegatos de conclusión, apeló la resolución de acusación expresando su deseo inmediato de renunciar al recurso, no solicitó práctica de pruebas en la audiencia preparatoria y no acudió a la primera audiencia pública.

Resalta entonces que dicha postura no puede ser tomada como estrategia defensiva, si se tiene en cuenta que el señalamiento endilgado al procesado respecto a la muerte del agente y el menor fue “muy débil”.

Así mismo, destaca el Ministerio Público que el testigo Feliciano Durán Martínez en su primera declaración ni siquiera mencionó al procesado y que, posteriormente, a través de la práctica de reconocimiento fotográfico, fue reconocido por dos empleados del lugar, situaciones que estima la Delegada debieron ser abordadas por el defensor de oficio en pro de su representado.

Por otro lado, destaca que las garantías del sindicado también fueron menoscabadas por parte de los funcionarios judiciales encargados de su juzgamiento, refiriéndose, en forma específica, al interrogatorio rendido por García Quintero durante la audiencia pública, en el cual informó que para la época de los hechos se encontraba en la ciudad de Medellín, sustentando su dicho en unos certificados estudiantiles.

De igual forma, resalta que en dicha audiencia el procesado solicitó la declaración del policía que lo vinculó al proceso, de las personas que firmaron las certificaciones, al igual que un reconocimiento en fila de personas con aquellos testigos que identificaron su fotografía, petición que el juez desestimó, toda vez que se encontraba vencido el

término consagrado en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo anterior, sostiene que las garantías judiciales le fueron vulneradas al acusado, toda vez que cuando se cumplió la etapa probatoria de la causa el señor García no había sido puesto a órdenes del juzgado, ni se conocían las pruebas que solicitó posteriormente, razón por la cual, considera desatinada la posición del fallador, puesto que, en su criterio, los elementos de juicio peticionados por el procesado resultaban pertinentes para demostrar la explicación entregada por él mismo en la audiencia pública, no contando con otra oportunidad procesal para proceder en dicho sentido.

Respecto al sexto cargo formulado en la demanda de casación relacionado con la falta de motivación atinente a la muerte del menor Bismar Castro, observa la Procuraduría que la resolución de acusación sólo hace referencia al insuceso al momento de la elaboración de los hechos, mientras las sentencias de instancia no se ocupan de analizar las correspondientes circunstancias.

En estas condiciones, reitera que en el expediente no obra prueba alguna que se ocupe de aclarar la muerte del menor, no se escuchó la versión de sus padres para establecer en qué sitio se encontraba ni se determinó la procedencia del proyectil que causó el crimen.

Resulta claro, entonces, que en las sentencias de instancia no se hizo referencia al presupuesto de la tipicidad del comportamiento ni sobre el grado de responsabilidad del procesado en el homicidio del menor.

Cuarto cargo

En lo que se refiere al falso juicio de identidad denunciado por el casacionista, afirma la Delegada que el planteamiento del cargo obedece a una cuestión de interpretación del contenido de las pruebas y de los hechos que difiere de la realizada

por el sentenciador, sin que llegase a demostrar error alguno por parte del funcionario judicial.

Anota que cada uno de los argumentos expuestos por el libelista evidencia su posición respecto a la falta de participación del señor García en la confrontación armada entre asaltantes y policías, en apego a la postura asumida por la defensa, sin que demuestre tergiversación de los medios de prueba.

En estas condiciones, estima que el cargo no está llamado a tener vocación de éxito.

Quinto cargo

En lo que atañe a la falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia de primer grado, en relación con el cargo por el delito de homicidio del menor Bismar Castro, considera que tanto la muerte del agente como la del niño fueron objeto de pronunciamiento por parte del ente instructor, independientemente a que no hubiera motivado la muerte del último, lo que a juicio de la Delegada, evidencia la imputación de un cargo por homicidio agravado en concurso homogéneo, en concurso con el delito de hurto calificado agravado.

En estos términos, concluye que no puede desconocerse que la providencia objeto de reproche hizo referencia a ambos homicidios, por lo que no se demuestra la existencia del error denunciado, razón por la cual, considera que el cargo no está llamado a prosperar.

Séptimo cargo

Aduce el Ministerio Público que no se encuentra demostrada ilegalidad alguna en la obtención del documento fotográfico aportado al expediente.

Así mismo, respecto al tema de la ausencia de las características de la placa de identificación con que cuentan las demás fotografías utilizadas en la diligencia de reconocimiento fotográfico, considera la Delegada que dicha afirmación no encuentra respaldo en el proceso, es decir, que no se dan los elementos para predicar la ilegalidad del documento.

En estas condiciones, al no encontrarse demostrada la irregularidad, considera que el cargo no está llamado a prosperar.

En el acápite que llamó “casación oficiosa”, observa la Delegada que, a su juicio, existe una irregularidad más que afectó el debido proceso, la cual se evidencia en que durante la etapa del juicio el procesado y su defensor solicitaron la práctica de pruebas, las cuales fueron negadas por el a quo, decisión que fue objeto de reposición y en subsidio apelación.

Confirmada la decisión por el juzgador de primera instancia, se concedió el recurso de apelación, sin que el ad quem se pronunciara respecto al tópico en comento, vulnerándose el principio de la doble instancia.

Asevera que el tema de las pruebas solicitadas en la audiencia pública quedó sin resolver, con lo que también se afectó el derecho de defensa, toda vez que, en su criterio, se le negó la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas en su contra.

Por otro lado, considera la Procuraduría que los hechos materia de investigación tuvieron ocurrencia bajo la vigencia del Decreto 100 de 1980 que establecía un límite para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, razón por la cual, teniendo en cuenta que el fallador impuso la sanción en comento a García Quintero por un lapso de 20 años, en virtud del principio de favorabilidad, conceptúa que deberá casarse la sentencia de segunda instancia a fin de dosificar la pena accesoria e imponer la que resulte mas favorable.

En estas condiciones, la Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal solicita a la Corte:

1. Acoger los cargos 1º, 2º, 3º y 6º de la demanda presentada y declarar la nulidad de la actuación en razón de la vulneración de las garantías fundamentales del procesado.
2. Desestimar los cargos 4º, 5º y 7º del libelo.
3. Casar de manera oficiosa la sentencia de segunda instancia y declarar la nulidad de la actuación desde la diligencia de audiencia pública.
4. Casar de manera oficiosa la sentencia de segunda instancia a efectos de redosificar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acotación previa

1. La Sala advierte que en lo atinente al coprocesado Raimundo Utria Tilano, no recurrente en esta sede, la acción penal se ha extinguido por razón de la prescripción, razón por la cual, se ordenará cesar todo procedimiento a su favor.

Recuérdese que Utria Tilano, mediante resolución del 23 de febrero de 2001, se le acusó por la conducta punible de hurto calificado agravado a título de cómplice, providencia que cobró ejecutoria el 14 de agosto de esa anualidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la imputación jurídica de los hechos se ubicó normativamente en los artículos 350 y 351 del Decreto 100 de 1980, preceptivas que contemplan una pena máxima de 12 años para dicha conducta punible, se colige claramente que a ese guarismo se le debe restar una sexta parte, de acuerdo con lo normado por el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 24 del Decreto 100

de 1980), quedando, entonces, la pena privativa de la libertad en 10 años de prisión.

Por manera que teniendo en cuenta lo reglado por los artículos 84 y 86 de la Ley 599 de 2000 (antes artículos 83 y 84 del Decreto 100 de 1980), el término prescriptivo, en la etapa del juicio, será por “un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83”, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, surge claro que la acción penal se ha extinguido por razón de la prescripción, lapso que finiquitó cuando el expediente se encontraba en el Tribunal Superior de Cartagena.

En consecuencia, la Sala, como se anunció, ordenará cesar todo procedimiento a favor de Raimundo Utria Tilano.

2. Como quiera que el principio de prioridad que rige la casación impone que los cargos fundados a través de la causal tercera de casación se deben postular primeramente que los sustentados en otras causales, la Sala abordará su estudio de manera inicial, en la medida en que de prosperar haría inane el estudio de los demás reproches.

Primer cargo

1. El defensor de García Quintero, con base en la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa, en la medida en que no se cumplió con los requisitos formales para declarar persona ausente a su defendido, en tanto que se obró de manera precipitada al no esperarse las contestaciones de los organismos de policía judicial, en cuanto a su captura.

2. Contrario a lo conceptuado por la Delegada, el cargo no está llamado a prosperar, por los siguientes motivos:

En primer lugar, vale destacar que, como lo ha dicho la Corte, la vinculación del imputado al proceso mediante declaración de persona ausente no es un procedimiento alternativo al de la vinculación personal (mediante indagatoria), sino residual o supletorio, al que sólo puede llegarse cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material, acorde con lo establecido en los artículos 332 y 344 del actual Código de Procedimiento Penal.

También ha dicho que en desarrollo de la actividad orientada a lograr que el sindicado concurra a rendir indagatoria, el Estado está en el deber de agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, atendiendo la información de que dispone, de manera que la decisión de adelantar el proceso en ausencia suya, sea resultado de cualquiera de dos situaciones: (1) que no fue posible su localización, no obstante haberse agotado los medios disponibles para lograrlo; y (2) que habiendo sido informado, ha asumido una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria.

3. En el supuesto que ocupa la atención de la Corte y en estricto cumplimiento de la normatividad vigente para la época de los hechos, resulta claro que la declaratoria de persona ausente se hizo de la manera como lo estipulaba la ley procesal.

En efecto, en la providencia que dispuso abrir la correspondiente instrucción (el 1° de septiembre de 1997), se ordenó librar los oficios contentivos de la captura, y el 22 de septiembre de ese mismo año, se dictaminó dar inicio al trámite de emplazamiento, motivo por el cual, se fijó edicto por el término legal (5 días hábiles) y, seguidamente, se procedió a declararlo persona ausente, providencia que lleva fecha del 30 de septiembre de 1997.

En esas condiciones, resulta fácil advertir que el instructor cumplió con lo normado por el artículo 356 del Decreto 2700 de 1991, en tanto que abierta la correspondiente

instrucción y ordenada la vinculación del procesado mediante indagatoria, ante su no comparecencia al proceso, se dispuso librar las correspondientes órdenes de captura en su contra y transcurrido más de los diez (10) días a que refiere la norma y en vista de que no se obtuvo respuestas de las autoridades que debían ejecutar la aprehensión, se procedió a emplazarlo y, consecuentemente, declararlo persona ausente.

Por manera que en este evento no es posible predicar que el trámite para vincular al procesado como persona ausente no se cumplió a cabalidad.

Dicho de otra forma, la vinculación de José Luis García Quintero como persona ausente se cumplió de acuerdo con lo previsto por el artículo 356 del Decreto 2700 de 1991, razón por la cual, no se advierte ninguna irregularidad que imponga la casación de la sentencia.

Así, el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo

1. El defensor de García Quintero, bajo la nomenclatura de la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, en tanto que el defensor de oficio no realizó ninguna actividad en procura de defender sus intereses en la fase de instrucción.

2. Frente al tema en discusión, como lo ha dicho la Corte, no basta con denunciar que el defensor de oficio no desplegó actividad alguna en procura de cumplir con la labor encomendada, es decir, que no solicitó pruebas ni interpuso recursos contra las plurales providencias adoptadas en el trámite o que no presentó alegatos, toda vez que constituye un deber del casacionista evidenciar que esa inactividad no obedeció a una estrategia defensiva sino a una total desidia que impone la casación de la sentencia, en la medida en que el acusado no contó con defensa técnica.

Recuérdese que la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica en sostener que las actitudes pasivas desplegadas por algunos defensores pueden constituir una verdadera defensa técnica. De ahí que constituya una carga para el casacionista, de acuerdo con las constancias procesales, evidenciar que el citado profesional del derecho no estuvo atento al trámite, es decir, que no concurrió al estrado judicial a notificarse de las providencias o a elevar peticiones en procura de demostrar que no ejerció actos de control sobre el trámite, por manera que se dio un abandono de la defensa que se le encomendó o de indeferencia por la suerte del procesado.

Finalmente, no sobra recalcar que la causal de nulidad invocada no se demuestra con la personal crítica del nuevo profesional del derecho, en cuanto a las actividades que él habría desplegado si hubiera ejercido la defensa en una época determinada, en la medida en que el reparo no puede salir adelante a través de una hipótesis presunta y no demostrada.

3. En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, claro resulta que el defensor de oficio que se le nombró al acusado estuvo atento al trámite judicial, en tanto que se notificó personalmente de la providencia que le resolvió la situación jurídica y que calificó el mérito del sumario.

Ahora bien, es verdad que el citado profesional del derecho interpuso recurso de apelación contra la resolución de acusación y que posteriormente desistió del mismo; empero tal circunstancia no comporta necesariamente la trasgresión del derecho de defensa, en la medida en que de acuerdo con los datos que obran en el proceso no es posible predicar que con dicha impugnación habría variado la suerte del acusado, además de que tal desistimiento es un acto que, desde la perspectiva del profesional y autorizado por la ley, se constituía en labores tendientes a concretar la estrategia defensiva.

En otras palabras, en este particular supuesto no es dable predicar una supuesta

inactividad de la defensa, en tanto que las constancias procesales evidencian que el profesional del derecho designado de oficio estuvo atento al trámite, toda vez que concurrió al despacho del funcionario judicial a notificarse, de manera personal, de dos de las providencias adoptadas en el proceso.

De esa manera, contrario a lo sostenido por el libelista y coadyuvado por la Procuradora Delegada, el cargo no está llamado a prosperar.

Tercer cargo

1. El defensor de García Quintero, bajo la nomenclatura de la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, en la medida en que no se ordenaron los medios de convicción deprecados por el acusado en el acto de la audiencia pública, máxime cuando los mismos estaban dirigidos a demostrar su presencia para la época de los hechos en otra ciudad.

2. Cuando se censura la sentencia sobre la hipótesis que al proceso no se allegaron unos determinados elementos de juicio, aspecto que conduce a vulnerar el derecho de defensa, constituye un deber del casacionista señalar la fuente de pertinencia, conducencia y utilidad frente al tema probatorio que se discute en el proceso y al convencimiento del funcionario judicial.

En el punto de la demostración del vicio, se hace necesario que el casacionista confronte la deducción probatoria que se derivan de los medios de convicción presuntamente omitidos en el acto de apreciación con las que sirvieron de sustento al juzgador para declarar como probada la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, en la medida en que si aquellas no logran modificar el juicio del sentenciador, se advertirá, entonces, que las mismas no tenían la virtualidad de variar las conclusiones adoptadas en el fallo.

3. En lo atinente al fondo del asunto, advierte la Corte que el censor no cumplió con los anteriores parámetros, en tanto que no adujo nada sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios de convicción omitidos frente a las conclusiones adoptadas en el fallo. En el evento que se sostenga, como lo hace el Ministerio Público, que las pruebas echadas de menos tenían la fortaleza persuasiva de demostrar que el acusado no se encontraba en la ciudad de Cartagena sino en la de Medellín, de todos modos no se advierte su trascendencia frente a lo declarado como probado en el fallo.

En efecto, es verdad que el acusado en el interrogatorio que se le hizo en el acto de la audiencia pública planteó como estrategia defensiva que para el día y hora en que se cometieron los hechos origen del proceso se hallaba en otra ciudad distinta a la de Cartagena, para lo cual aportó unos certificados estudiantiles. Así mismo, en dicho acto, deprecó que se recibiera el testimonio de un agente de la Policía Nacional y de todas aquellas personas que lo identificaron en la diligencia de reconocimiento fotográfico, peticiones que fueron despachadas desfavorablemente por el juzgador de primera instancia por cuanto ya había fenecido el periodo probatorio.

Es una verdad que el juzgador, por mandato constitucional, debe hacer prevalecer en el trámite judicial el derecho material, razón por la cual, en determinado evento debe igualmente hacer uso de la oficiosidad, en tratándose de los procesos reglados por la Ley 600 de 2000, para decretar pruebas en aras de cumplir con dicho postulado.

Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que en materia probatoria rige el principio de preclusión, según el cual, dentro del concepto del debido proceso la ley procesal contempla las oportunidades en que los sujetos procesales o las partes están facultadas para solicitar la práctica de pruebas con el fin de garantizar el contradictorio, en la medida en que con él se establecen los plazos correspondientes para ejercer la actividad probatoria y se garantiza que no se vaya a sorprender a los intervinientes con un medio de convicción que no ha sido anteriormente ordenado.

Por manera que en el evento que ocupa la atención de la Corte, sin duda, los medios de convicción solicitados por el acusado durante el trámite de la audiencia pública resultaban extemporáneos, en la medida en que se hizo cuando ya había precluido el lapso para realizar el pedido de pruebas. Además, de acuerdo con los datos que obran en el proceso, se advierte que si el juzgador no hizo uso de la oficiosidad para decretar tales pruebas, tal situación obedeció en que las allegadas validamente a la actuación evidenciaban otro hecho bien distinto del que se quería demostrar en ese momento procesal.

Dicho de otra forma, la negativa del funcionario judicial para ordenar las pruebas solicitadas por el acusado en el acto de la audiencia pública no obedeció a un proceder arbitrario en detrimento del derecho de defensa, sino que se apoyó en los postulados que rigen la actividad probatoria, lo cual hacía, sin duda, improcedente tal solicitud.

Además, como se precisará más adelante, las pruebas echadas de menos buscaban, de manera inútil, crear una coartada ajena a la realidad fáctica, pues en el proceso obran suficiente y creíbles medios de convicción que ubican al procesado en el escenario de los acontecimientos que finalizaron con el doble homicidio y el hurto imputados al acusado.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

Quinto cargo

1. El defensor de García Quintero, basado en la causal segunda de casación, acusa que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, en la medida en que a éste no le fue atribuido la muerte del menor Bismar Castro.

2. En primer lugar, dígase que si bien es cierto que la Sala anunció que en primer término examinaría los cargos formulados con base en la causal tercera de casación, de todos modos se abordará el estudio de este reparo, en tanto que la falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia comporta una trasgresión del debido proceso.

3. Esta vez, como lo destaca la Procuradora Delegada, tanto la muerte del agente de la Policía Nacional como la del menor fueron objeto de imputación en el pliego de cargos, razón por la cual, no le asiste razón al censor en demandar la falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia.

En efecto, revisado el texto de la resolución de acusación se advierte que desde el resumen de los hechos y en las consideraciones se hizo mención que el cargo por el delito de homicidio cobijaba la muerte del Policía y del menor que fallecieron como consecuencia del enfrentamiento suscitado entre el grupo delincuencia y la fuerza pública.

Mírese como, por ejemplo, en el acápite atinente a los hechos, allí claramente se describió como acontecer fáctico que en dicho enfrentamiento resultaron muertos “el agente Álvaro Suárez Torres, al igual que un infortunado menor de nombre Bismar Castro, quien para su desgracia, se hallaba en el lugar de los acontecimientos”.

De esa manera, guardando coherencia argumentativa, en el capítulo de las pruebas, nuevamente se plasmó que “hasta el momento de tomar la presente decisión reposan en el expediente, las siguientes pruebas y diligencias:

“a) Acta de levantamiento del cadáver de quienes en vida respondían a los nombres de Suárez Torres Álvaro y Bismar Castro Mendoza”.

Y, finalmente, en las consideraciones de la pieza acusatoria se dijo que “producto del enfrentamiento de los asaltantes con la policía dos personas perdieron la vida”.

Así las cosas, en este evento no es posible argumentar que en la elaboración de los juicios de hecho y de derecho el funcionario instructor no atribuyó el homicidio del menor, puesto que las transcripciones en precedencia reseñadas evidencian que la imputación jurídica se refirió a un concurso de conductas punibles de homicidio agravado.

Ahora bien, el sentenciador de primer grado, guardando plena armonía con los cargos imputados en la resolución de acusación, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado por el doble homicidio agravado en concurso con la conducta punible de hurto calificado agravado.

Entonces, la Sala advierte que hay armonía entre la resolución y la sentencia, en la medida en que coinciden los juicios de hecho y de derecho plasmados en dichas providencias.

Así, la censura no está llamada a prosperar.

Sexto cargo

1. Finalmente, el defensor de García Quintero, basado en la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, en tanto que la resolución de acusación carece de motivación respecto al delito de homicidio agravado por la muerte de Bismar Castro.

2. Como la ha dicho la jurisprudencia de la Sala, los funcionarios judiciales pueden incurrir en defectos en las motivaciones de las decisiones judiciales que atentan contra el debido proceso, lo cuales pueden recaer en los siguientes eventos:

a) Porque carece totalmente de motivación, al omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión.

b) Porque la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es

deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación.

c) Porque la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido y,

d) Porque la motivación es aparente y sofística, de modo que socava la estructura jurídica y fáctica del fallo.

La fundamentación de las resoluciones judiciales, como expresión del núcleo del derecho al debido proceso y cortapisa a la arbitrariedad del poder punitivo, encuentra en la fuerza persuasiva de la argumentación judicial la fuente de su legitimidad, al punto que bien se puede expresar que no existe decisión sin argumentación.

De ahí que la argumentación debe estar centrada en obtener el conocimiento necesario y requerido a fin de construir los juicios de hecho y de derecho. El primero, que se hará de acuerdo con la actividad probatoria desplegada en el trámite, en cuya labor el funcionario judicial debe fundamentar sus razones que lo llevaron a declarar como probado un determinado acontecer fáctico; y el segundo, referido a la aplicación del derecho, es decir, los motivos que tuvo para dar solución jurídica al objeto del debate, evento en el cual también tiene que plasmar los motivos que lo condujeron a seleccionar una determinada norma jurídica.

3. Contrario con lo conceptuado por la Procuradora Delegada, la Corte no advierte la invocada falta de motivación referente a la conducta de homicidio cometida en el menor Bismar Castro Mendoza.

Si bien es cierto que la resolución de acusación proferida en este asunto no es un modelo de pieza acusatoria, de todos modos se avizora que de su contenido se puede concluir en el cumplimiento de los citados juicios.

En lo atinente al juicio de hecho, el funcionario instructor, luego examinar, individual y mancomunadamente los elementos de juicios, concluyó:

“En efecto, tenemos evidencia cierta e irrefutable de que el día 28 de abril de 1997 se llevó a cabo un atraco a los almacenes SAO de esta ciudad, y que producto del enfrentamiento de los asaltantes con la policía dos personas perdieron la vida; las declaraciones juradas de los empleados del almacén asaltado y las respectivas actas de levantamientos de cadáveres así nos lo señalan, por lo que no hay duda de que estamos ante los delitos de hurto calificado, dada la violencia empleada por los asaltantes, y agravado, pues fue cometido por varias personas que se pusieron de acuerdo para ese fin, en concurso con los dos homicidios, los cuales vienen a agravarse, como quiera que es evidente que el propósito de los mismos era el de dejar impune el delito de hurto, por lo que es claro que la existencia de los hechos punibles investigados está acreditada. Se destacó).

De esa manera, no se puede concluir que el instructor no motivo lo referido al juicio de hecho y con respecto del homicidio del menor Bismar Castro Mendoza.

Y, en lo atinente al juicio de derecho, en el acápite que el instructor denominó “CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL”, destacó: “Se procede por el ilícito consagrado en el título XIII, Capítulo Primero, Libro Segundo del Código Penal, con el nomen juris de homicidio agravado, en concurso con el delito de hurto calificado”. Calificación que después fue ratificada en la parte resolutive de la parte pieza acusatoria.

Ahora bien, frente a los reparos que la Delegada y el demandante hacen a la resolución de acusación, esto es, que carece de la motivación requerida, en tanto que en el trámite no obra prueba que aclare la muerte del menor, puesto que no se allegó la versión de los padres con el fin de establecer el lugar en que encontraba y qué proyectil causó su muerte, son apreciaciones personales que en nada incidían para elaborar el

correspondiente juicio de hecho y que en manera alguna desconocen la citada muerte violenta.

En efecto, de acuerdo con los razonamientos que esgrimió el funcionario acusador, se advierte claramente que los aspectos a que hace referencia la Delegada y el casacionista en nada enervan las conclusiones probatorias del instructor, en tanto que estaba claramente evidenciado que el menor murió como consecuencia del enfrentamiento suscitado por el grupo delincencial.

Y que los fallos de instancia no hicieron referencia a la muerte de menor, también constituye una personal opinión de la Procuraduría, en la medida en que revisados los mismos se llega a otra conclusión.

Véase, por ejemplo, que el Tribunal advirtió:

“Así las cosas, la plena demostración de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado emergen como cuestiones neurálgicas en el pronunciamiento de una sentencia condenatoria. En el caso que hoy nos ocupa, el primero de los supuestos acotados (existencia de la conducta punible) viene suficientemente acreditado al interior del infolio con las probanzas a éste allegadas, tales como las actas de levantamiento de cadáver de quienes en vida respondían a los nombres de ALVARO SUÁREZ TORRES y BISMAR CASTRO MENDOZA, protocolos de necropsia y tarjetas de necrodactilia de los obitados, testimonios, informes de policía judicial, entre otros”.

Por consiguiente, resulta evidente que tanto el instructor como el juzgador hicieron puntual referencia al homicidio del menor, situación que permitió a la defensa ejercer los correspondientes actos de contradicción.

En esas condiciones, el cargo no está llamado prosperar.

Cuarto cargo

1. El defensor de José Luis García Quintero, bajo 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 identidad presuntamente cometido sobre el testimonio del agente de la Policía Feliciano Durán y el informe de Policía número 1358.
2. Como lo destaca la Procuradora Delegada, el vicio que denuncia el censor es una simple disparidad de criterios en torno a la apreciación que los juzgadores le otorgaron a los citados elementos de juicio.

Recuérdese que cuando se denuncia en esta sede el invocado error de hecho por falso juicio de identidad, corresponde al censor evidenciar que en el acto de apreciación el juzgador dedujo de su contenido un hecho que no se advierte de su contenido literal, al punto que lo llevó a declarar una verdad de la que revela el proceso.

Por manera que constituye una carga que el censor enseñe a la Sala en qué consistieron esas tergiversaciones de la prueba y cómo las mismas incidieron en la parte dispositiva del fallo impugnado.

En el evento que ocupa la atención de la Corte, el cargo está dirigido en censurar las conclusiones probatorias del juzgador referentes a que no es cierto que cuando hubo el enfrentamiento el acusado estaba huyendo, y que tampoco es cierto que dos de los asaltantes se quedaron para facilitar la huida de los demás integrantes de la banda. Dicho de otra manera, hay un distanciamiento cronológico y físico entre el momento en que se consumó la conducta punible de hurto y aquel en que se enfrentaron los dos miembros de la organización delincuencia con la policía.

Así mismo, los puntos de inconformidad del censor fueron objeto de estudio por el Tribunal al momento de desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia

de primera instancia. Textualmente, el juzgador de segundo grado consignó:

“Ahora bien, es lo que atañe a la responsabilidad penal del encartado JOSE LUIS GARCIA QUINTERO en la comisión de dicha conducta punible lo que resulta ser objeto de cuestionamiento por parte del togado apelante, como quiera que ningún cuestionamiento se hace respecto de la condena impartida por el restante reato (Hurto Calificado Agravado), quien aduce que la sentencia que se revisa se basa en una incorrecta apreciación probatoria por parte de la judicatura, por lo que depreca su absolución.

“Pues bien, por ser el punto neurálgico de la Inconformidad del censor la valoración que el Judex A Quo hizo de las pruebas testimoniales arrimadas al plenario, abordará la Sala su análisis, en aras de establecer si de las mismas se desprende o no, con la certeza exigida por el legislador, la responsabilidad penal del procesado de marras en los punibles en comento y, consecuentemente, si la decisión confutada debe ser confirmada o revocada.

“Así tenemos que, el testimonio, definido como la exposición o relato que una persona hace a un funcionario judicial de los hechos o circunstancias relacionados directa o indirectamente con el delito materia de investigación y de los cuales ha tenido conocimiento por percepción directa o por informaciones, requiere para su correcta valoración que se tenga en cuenta aspectos tales como la calidad, factores psicológicos y comportamentales del deponente, la información suministrada, el grado de percepción que se tenga de los hechos o circunstancias expuestos, la espontaneidad del relato, la razón de su dicho, etc. Es así como la preceptiva en el artículo 277 del C. P. P., expresamente dispone como criterios para la valoración del testimonio los siguientes: ‘Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la

forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio’.

“En el plenario obran pruebas, entre las que sobresalen el testimonio del S.I. FELICIANO DURAN MARTINEZ, quien narra que para el día de los acontecimientos se encontraba de patrullaje junto con el agente ALVARO SUAREZ TORRES (ultimado), cuando de repente fueron alertados vía radio del asalto que se perpetraba en las instalaciones del centro comercial SAO, por lo que de inmediato se dirigieron a ese lugar para recolectar datos y características de los sujetos y emprender la persecución correspondiente. Que por las constantes comunicaciones que se desprendían del operativo policial -continúa- se estableció que los facinerosos merodeaban los barrios La Consolata y San Fernando, dirigiéndose de inmediato al último de los mencionados, donde se toparon con dos sujetos en actitud sospechosa y que al momento de abordarlos opusieron resistencia e intercambiaron disparos, resultando muerto el SI. ALVARO SUAREZ TORRES, logrando identificar el declarante, a uno de los delincuentes como JULIO CESAR CASTRO VILLADIEGO, apodado ‘El Cabezón’, en tanto que hizo una descripción física del otro.

“Tal exposición concuerda con las declaraciones rendidas por los señores LEONARDO FABIO DORIA MARTINEZ y LUIS FELIPE GARCIA y YARZAGARAY, quienes al ponérseles de presente en desarrollo de dicha probanza las fotografías de los sospechosos identificaron a los señores JULIO CESAR CASTRO VILLADIEGO y JOSE LUIS GARCIA QUINTERO como miembros de la banda criminal que realizó el asalto en las instalaciones del centro comercial SAO momentos antes de la consumación del delito de homicidio, al ser las mismas personas a quienes habían visto mientras perpetraban el hurto en acotación; relacionándose así los dos hechos delictivos por los cuales se está procesando al señor GARCIA QUINTERO, y no como lo quiere hacer ver el togado apelante, como si se tratara de acontecimientos delictivos aislados.

“Tales deponencias, para la Sala, al igual que lo estimó el A Quo, son dignas de crédito, no solo porque quienes las exponen carecen de razones para hacer señalamientos mendaces en contra del aquí procesado y demás participantes de los referenciados hechos delictivos, sino porque las mismas se presentan de manera clara, consecuente y lógica, siendo del caso recabar que tales relatos concuerdan cabalmente en cuanto a las circunstancias modales y temporo-espaciales con el restante material de prueba arrojado al dossier, lo que valorado de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permiten arribar a la conclusión de que los sucesos investigados discurrieron tal y como fueron percibidos y narrados por los anotados deponentes y, además, que el homicidio del agente ALVARO SUAREZ TORRES y del menor BISMAR CASTRO MENDOZA se relaciona inescindiblemente con el reato de Hurto en comento, habida cuenta que el señor JULIO CESAR CASTRO VILLADIEGO, tal y como lo exponen los declarantes en mientes, fue observado perpetrando el Hurto y momentos después cuando se daba a la huida junto con otro de sus socios criminales.

“Y es que en tan determinante el anterior análisis que da al traste con la coartada que vanamente pretende aducir el encartado para expoliar de sí la responsabilidad que le incumbe por tal proceder, mostrándose ajeno al mismo, aduciendo que para la época de los acontecimientos se encontraba en la ciudad de Medellín, pues, como lo evidencian las pruebas acopiadas, hizo parte del grupo de individuos que el día de los eventos investigados intervino en el Hurto en SAO y, como consecuencia de eso, para asegurar la impunidad del mismo, dieron muerte al agente ALVARO SUAREZ TORRES, quien pretendió abordarlos al notar la actitud sospechosa con que transitaban por el Barrio San Fernando de esta ciudad, resultando igualmente muerto el menor BISMAR CASTRO MENDOZA, morador del aludido sector, por virtud de los disparos realizados.

“Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento que hace el confutante respecto del argumento del A Quo, en el sentido de que el procesado en mientes al momento del enfrentamiento que ocasionó las muertes de que informa el plenario hacía parte de una sociedad delictiva

y que, por lo tanto, su responsabilidad por tales hechos debía ser igual a la de los restantes integrantes, aun en el evento en que no hubiera sido él quien accionara el arma, debe manifestar la Sala su total acuerdo con tal planteamiento, por las razones que seguidamente se exponen, resultando deleznales, igualmente, los señalamientos según los cuales esa judicatura agregó o adicionó el contenido de la mentada probanza testimonial.

“Ha de decirse, entonces, que los socios de una empresa criminal tienen el codominio de los hechos que en desarrollo de la misma se ejecutan, puesto que si se ponen de acuerdo y cogobiernan su actuar en la comisión del delito, cada uno, al adoptar medidas determinantes o indispensables para el logro de los fines propuestos, se está vinculando a la cooperación del otro, y, por lo tanto, su responsabilidad va ser necesariamente solidaria a la de quienes así participan...

“Colofón de lo anteriormente expuesto, se tiene que si bien es cierto, según las pruebas allegas al dossier, que los sujetos activos del Hurto de marras al momento del enfrentamiento anotado, se estaban dando a la huida, como siempre acontece ante ese tipo de situaciones; disgregándose para burlar y debilitar la persecución policial, no lo es menos que, contrario a lo argüido por el censor, si solo dos de ellos intervinieron en el intercambio de disparos que dejó el saldo mortal que informa el plenario, los restantes partícipes del ilícito son igualmente responsables penalmente frente al fatal resultado obtenido [la muerte de dos (2) personas], pues, como se explicaba anteriormente, todos codominaban la situación y procedieron en tal forma con miras al aseguramiento del fin primordial propuesto: alzarse con el botín hurtado.

“Y es que, aún admitiendo -en gracia de discusión- que el sentenciado García QUINTERO no hubiera participado directamente en la comisión del múltiple homicidio que se le enrostra, esa situación no lo exime de responsabilidad penal frente a tal conducta punible, pues es claro que la totalidad de los miembros de la anotada empresa criminal al

momento de reunirse para cometer el hurto en mientes, fuertemente armados, conociendo el manejo de dicho armamento y sabiendo de las medidas de control y seguridad que se implementan en sitios como el elegido para perpetrar su propósito criminal, debieron prever que la situación en algún momento se podía salir de control y, como consecuencia de ello, sería imprescindible emplear la violencia, como efectivamente sucedió al momento de darse a la huida, cuando fueron interceptados por miembros de la policía nacional; lo que indica que cada uno poseía un dominio total del hecho, sin cuya intervención propuesta o idealizada no podría concretarse el objetivo trazado.

“En ese orden de ideas, y siendo que las alegaciones del apelante, tendientes a librar de responsabilidad penal del encartado por los cargos que se le imputan, fueron rebatidas, dada su fragilidad frente a la contundencia de pruebas analizadas, esta Corporación habrá de avalar la sentencia de primera instancia, por considerar que la misma se ciñe en todos sus aspectos ilegalidad”.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

Séptimo cargo

1. Finalmente, el defensor de García Quintero, basado en la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera indirecta, la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, habida cuenta que se le otorgó validez a la fotografía del procesado, la que posteriormente sirvió como sustento de la diligencia de reconocimiento fotográfico.

2. Recuérdesse que cuando el reparo se fundamenta por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, corresponde al censor demostrar que el medio de prueba se produjo o se incorporó al diligenciamiento con desconocimiento de los derechos fundamentales o de los presupuestos que condicionan su validez. De la misma manera, se hace imperioso que se evidencie la trascendencia del vicio frente a las conclusiones

adoptadas en el fallo, es decir, que en el evento de no haber sido valorado el medio de prueba por no cumplir con el debido proceso probatorio, necesariamente el fallo habría sido favorable a los intereses del acusado.

3. Esta vez, de común acuerdo con la Procuradora Delegada, en el supuesto que ocupa la atención de la Sala no se advierte que la citada fotografía haya sido obtenida de manera irregular, es decir, que el allanamiento que se realizó sobre el inmueble donde residía el acusado se practicó con violación de sus derechos fundamentales, al punto que contaminó las demás evidencias allí encontradas con la mancha de la ilicitud.

Del mismo modo, tampoco se advierte que la diligencia de reconocimiento fotográfico no se hubiese realizado con todos los requisitos establecidos en la ley procesal para su producción y, de esa manera, se impone su exclusión en la actividad probatoria.

Finalmente, recuérdese que la fotografía no sirvió como la prueba en que se apoyó el instructor para vincular al procesado a la investigación, sino que la misma fue soporte para realizar el reconocimiento fotográfico con algunos de los testigos que presenciaron el acontecer fáctico, elemento de juicio que arrojó como resultado el señalamiento de García Quintero como uno de los partícipes de los hechos, medio de prueba, se repite, que cumplió con todos los ritos establecidos por la ley para su validez y, su consecuente, apreciación.

En esas condiciones, el cargo no tiene vocación de éxito.

CASACIÓN OFICIOSA

La Procuradora Delegada depreca a la Sala la casación oficiosa por dos motivos, a saber:

1. El primero, por cuanto al acusado se le desconoció el principio de la doble instancia, en la medida en que contra la providencia que le negó las pruebas en el acto de la

audiencia pública interpuso recurso de apelación y nunca fue desatado por el juzgador de segundo grado.

2. Y, el segundo, en tanto que se vulneraron los principios de legalidad de la pena y el favorabilidad, puesto que la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas desbordó el límite máximo al determinarse en 20 años y no en 10 años como correspondía, teniendo en cuenta la norma vigente para el momento de la comisión de las conductas punibles.

Frente a las citadas peticiones encuentra la Sala que si bien es cierto que el Tribunal no se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó las pruebas en la audiencia pública, también lo es que de acuerdo con el principio de trascendencia que rige la declaratoria de las nulidades y su convalidación, la citada irregularidad no tiene la virtualidad para conducir a la invalidez de la actuación, puesto que, como quedó analizado en el tercer cargo, las pruebas a que se refirió el casacionista no cumplían con los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad para con el objeto del proceso y el convencimiento del funcionario judicial.

Dicho de otra manera, las pruebas solicitadas por el acusado en el acto de la audiencia pública no cumplían con dichos presupuestos, en la medida en que se pretendía demostrar que García Quintero no se encontraba en la ciudad de Cartagena sino en la de Medellín cuando los hechos tuvieron ocurrencia, situación fáctica que se encontraba totalmente desvirtuada con la actividad probatoria que se había desplegado en la instrucción, concluyéndose, en ese instante procesal, su participación en el grado de conocimiento de probabilísimo.

En esas condiciones, si bien es cierto que el Tribunal, al conocer en virtud del recurso de apelación de las decisiones adoptadas en el trámite del juicio, no se pronunció sobre la impugnación propuesta sobre la negativa de pruebas incoadas por el acusado, de todos

modos dicha omisión no tiene la categoría de resquebrajar la estructura del proceso y/o afectar las garantías judiciales del acusado, en este evento, por tratarse de elementos de juicio que no comportaban la fuente de pertinencia, conducencia y utilidad para con el objeto del proceso y el convencimiento del juzgador.

Respecto del segundo pedimento sugerido por la Procuradora Delegada, la Sala la acogerá, toda vez que se advierte que en este asunto se vulneró el principio de favorabilidad y el postulado de legalidad, en tanto que en la determinación de la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas desbordó el máximo fijado por el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 3° de la Ley 365 de 1997, al tasarse en 20 años cuando dicha norma contemplaba un tope máximo de 10 años.

Finalmente, la Corte también casará de oficio la sentencia impugnada, habida cuenta que los juzgadores de instancia vulneraron los principios de favorabilidad y de congruencia en el acto de la determinación de la sanción, habida cuenta que para dicho fin se aplicó el sistema contemplado por la Ley 599 de 2000 que en este evento resultaba más gravoso para el procesado, en tanto que se le atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad que no habían sido imputadas en la resolución de acusación y, sin embargo, le fueron deducidas en el proceso de determinación de la sanción, situación que condujo a que se partiera del último cuarto del ámbito de movilidad.

Por manera que la Corte procederá a determinar la pena de la siguiente manera:

Recuérdese que el Fiscal Décimo de la Unidad de Vida, el 23 de febrero de 2001, acusó a José Luis García Quintero como coautor de los delitos de homicidio agravado, en concurso homogéneo, y hurto calificado agravado, en concurso heterogéneo.

De la misma manera, en la pieza acusatoria no se le imputó ninguna circunstancia de mayor punibilidad.

Ahora bien, en el acto de la determinación de la sanción el juzgador de primer grado procedió, así:

En lo atinente a José Luis García Quintero, estableció que el delito más grave era el de la conducta punible de homicidio gravado, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 104.2 de la Ley 599 de 2000, que comporta una pena de prisión entre 25 años y 40 años. A reglón seguido procedió a establecer el ámbito de movilidad de la siguiente manera: el primer cuarto de 345 meses a 390 meses, el primer y segundo cuarto medio de 390 meses a “435 meses y el cuarto máximo va de 435 meses a 480 meses de prisión. Se tomará el cuarto máximo por concurrir circunstancias de mayor punibilidad”.

Así, determinó la pena privativa de la libertad en 435 meses, incrementando dicho guarismo en 35 meses más por razón del concurso, esto es, por el otro homicidio y el hurto calificado agravado. Por manera que condenó a José Luis García Quintero a la pena de 470 meses de prisión.

La anterior determinación de la sanción fue confirmada por el Tribunal.

De ahí que la Sala procederá nuevamente a dosificar la pena, respetando el principio de la no reforma en peor reglado por el artículo 31 de la [Constitución Política](#), de la siguiente manera:

Como lo dedujeron acertadamente los juzgadores la pena más grave según su naturaleza es la de la conducta punible de homicidio agravado contemplado por el artículo 104.2 de la Ley 599 de 2000, norma aplicable en virtud del principio de favorabilidad, que consagra como extremos punitivos de 25 años a 40 años.

De esa manera, el ámbito de movilidad para la citada conducta punible es el siguiente: el primer cuarto va de 300 meses a 345 meses, el primer cuarto medio 345 meses y 1 día a 390 meses, y el segundo cuarto medio va de 390 meses y 1 día a 435 y el último cuarto de

435 meses y 1 día a 480 meses de prisión.

Como quiera que al procesado no se le atribuyó ninguna circunstancia de mayor punibilidad y máxime que en él concurre la circunstancia de menor punibilidad de la carencia de antecedentes penales (artículo 55.1 de la Ley 599 de 2000), necesario es concluir que en este evento, la determinación de la pena se debe hacer dentro de los extremos contemplados para el primer cuarto, en la medida en que el artículo 61 de la citada Ley 599 de 2000 establece que el sentenciador “sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando sólo existan circunstancias de menor punibilidad”.

De ahí que en este evento el ámbito de movilidad para la determinación de la pena será entre 300 meses y 345 meses. Como quiera que el juzgador partió del mínimo de pena consagrado para el último cuarto medio, también surge claro que para este evento la pena privativa de la libertad para la conducta punible de homicidio es de 300 meses de prisión.

Como quiera que en este supuesto se trata de un concurso de conductas punibles, a los citados 300 meses se le aumentarán el equivalente a esos 35 meses deducidos por los juzgadores por razón de la otra conducta punible de homicidio agravado y el delito de hurto calificado agravado, esto es, el 8%, (24 meses) lo que arroja un total de 324 meses de prisión.

De otro lado, no sobra recordar que si se aplican las normas contenidas en el Decreto 100 de 1980 para determinar la sanción, de todos modos, como quiera que se partió de mínimos, siempre se concluirá en el mismo guarismo en precedencia deducido y sin que se afecte el principio de favorabilidad.

Así, la Corte condenará a José Luis García Quintero a la pena principal de 324 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

por el lapso de 10 años como coautor de

las conductas punibles de homicidio agravado, en concurso homogéneo, y hurto calificado agravado, en concurso heterogéneo.

En lo demás el fallo no sufre ninguna modificación.

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. Declarar la extinción de la acción penal por razón de la prescripción respecto del coprocesado Raimundo Utria Tilano y por la conducta punible de hurto calificado agravado, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, se ordena cesar todo procedimiento a favor del citado acusado.
2. No casar la sentencia impugnada con base en los cargos formulados en la demanda.
3. Casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado. En consecuencia, condenar a José Luis García Quintero a la pena principal de 324 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años como coautor de las conductas punibles de homicidio agravado, en concurso homogéneo, y hurto calificado agravado, en concurso heterogéneo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
4. En lo demás, el fallo no sufre ninguna modificación.
5. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase a la oficina de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria