

Proceso No 26861

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No.109

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 26 de noviembre del 2004, el Juzgado 7° Penal del Circuito de Bogotá declaró a los señores Wílmur Salazar Salazar y Édgar Fajardo Rodríguez coautores penalmente responsables del concurso de conductas punibles de homicidio agravado y fabricación y tráfico de armas de fuego. Les impuso 40 años de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, y les negó la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

El fallo fue recurrido por el procesado Salazar Salazar y los defensores y ratificado por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 6 de marzo del 2006, Corporación que modificó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, para dejarla en 20 años.

El apoderado del último procesado acudió a la casación, que fue concedida.

El pasado 23 de mayo, la Sala inadmitió la demanda por ausencia de los requisitos lógicos y argumentativos, pero dispuso el trámite para su intervención oficiosa, dada la posible vulneración de garantías fundamentales de los procesados porque:

Uno. Las sentencias dedujeron una causal de agravación no prevista en la acusación.

Dos. La pena accesoria excedió el máximo legal.

Recibido el concepto de la señora Procuradora Tercera Delegada en lo Penal, la Sala resuelve de fondo.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la providencia del 23 de mayo del 2007 fueron reseñados así:

“El día 24 de marzo del 2000, hacia las dos de la mañana, en la carrera 109ª, frente al número 42g-45 sur, de esta ciudad, los hermanos Oscar Alexander y Carlos Alberto Cárdenas García fueron víctimas mortales de múltiples disparos de arma de fuego.

Resultaron vinculados mediante indagatoria los señores Wílmar Salazar Salazar y Edgar Fajardo Rodríguez.

El 24 de abril del 2001, la Fiscalía 31 de la Unidad Tercera de Vida de Bogotá les profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, como probables autores de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Mediante resolución del 9 de abril del 2002, la fiscalía les dictó resolución de acusación, como coautores del concurso delictivo imputado, decisión que obtuvo ejecutoria el 12 de septiembre del 2002, una vez en firme el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por uno de los procesados.

El Juzgado 7º Penal del Circuito de Bogotá, el 26 de noviembre del 2004, los declaró responsables. Los condenó a la pena principal de 40 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por periodo igual a la pena privativa de la libertad. Así mismo, les negó la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria y los sometió al pago de perjuicios.

El defensor interpuso recurso de apelación.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, confirmó el fallo, pero ajustó la pena de interdicción de derechos y funciones públicas a 20 años”.

## EL MINISTERIO PÚBLICO

Recomienda casar la sentencia para que la pena sea redosificada, en el sentido de excluir la causal de agravación que dedujeron los jueces, más no la acusación, para que así sea respetado el principio de congruencia, y reducir la inhabilitación de derechos y funciones públicas al máximo de 10 años, tope previsto en el Decreto 100 de 1980, que es favorable a los acusados.

## CONSIDERACIONES

De manera oficiosa, la Sala casará el fallo en los términos anunciados en su providencia del 23 de mayo del 2007.

Las siguientes son las razones:

1. La doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que en la actualidad el principio de congruencia, en pro del resguardo de las garantías de los sujetos procesales, especialmente del derecho a la defensa, exige, para que los jueces puedan imputar causales de agravación, sean genéricas o específicas, que

ellas estén expresamente imputadas, tanto fáctica como jurídicamente, en la resolución acusatoria.

En el caso estudiado, la fiscalía profirió acusación el 9 de abril del 2002 e hizo cargos por las conductas punibles de homicidio agravado (“por las condiciones de indefensión en que se hallaban las víctimas”) y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego. Citó el Libro 2º, Títulos I y XII, “Capítulos Segundo y Segundo” del Código Penal (se entiende que del 2000).

En la sentencia de primera instancia, el juez concluyó que había lugar a deducir la circunstancia del artículo 58.10 de la Ley 599 del 2000, en cuanto los procesados habían obrado en coparticipación criminal, contexto dentro del cual se ubicó en el cuarto máximo de movilidad.

En las condiciones ya reseñadas, el juzgador de primer grado, avalado por el Ad quem, infringió el postulado de la consonancia, porque sorprendió a los acusados con una circunstancia que, al no estar prevista expresamente en la acusación, les impidió defenderse de ella.

La consecuencia natural, para restablecer la garantía lesionada, es la de suprimir la causal de aumento punitivo. Así, la inexistencia de atenuantes o agravantes comporta, con las palabras del inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, que la ubicación inicial, en punto del homicidio agravado, debe estar en el cuarto mínimo (entre 25 años y 28 años y 9 meses).

Con el traslado de los criterios del fallo, que partió del tope inferior del ámbito escogido, se tienen 25 años como base, en razón del primer homicidio. A ese monto se agrega el 8,27% (2 años y 21 días), que el A quo adicionó por la segunda muerte, y el 2,06% (6 meses), por el porte de armas, para un gran total de 27 años, 6 meses y 21 días, que será la pena que en definitiva deben cumplir los dos procesados.

2. Sobre la sanción accesoria, asiste la razón al Ministerio Público, toda vez que los hechos acaecieron en vigencia del Decreto 100 de 1980, cuyo artículo 42 señalaba un límite máximo de 10 años, en tanto que el artículo 52 de la Ley 599 del 2000 lo incrementa a 20.

Aplicando el axioma de la favorabilidad es necesario dar paso ultractivo a la legislación derogada, esto es, que esa pena se reducirá a 10 años.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Casar, oficiosa y parcialmente, el fallo del 6 de marzo del 2006, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, exclusivamente para dejar en 27 años, 6 meses y 21 días la pena de prisión que deben cumplir Wílmar Salazar Salazar y Édgar Fajardo Rodríguez, y en 10 años la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo restante, la sentencia permanece vigente.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ  
PINZÓN

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ

Aclaración de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

#### ACLARACIÓN DE VOTO

Como lo señalé en la aclaración de voto al auto del 23 de mayo de 2007, aquí obrante, hoy en día existe la posibilidad de “superar los defectos de la demanda” para realizar pronunciamiento de fondo por posible vulneración a garantía fundamental, pues así se prevé en el artículo 184, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, a raíz precisamente de los fines de la casación, cuales son “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia” (artículo 180 ibídem), para lo cual ha de tenerse en cuenta la fundamentación que en la demanda se haga de los mismos, la posición del impugnante dentro del proceso y la índole de la controversia planteada, todo lo cual permite, itero, superar los defectos de la demanda.

En lo que no estoy de acuerdo, y es el objeto de la presente aclaración de voto al fallo emitido dentro de la presente actuación, es en que se haya dispuesto el traslado de la actuación a la Procuraduría General de la Nación para la emisión de concepto sobre la posible vulneración a garantía fundamental del sujeto pasivo de la acción del Estado, ya que esto sólo es procedente cuando la demanda satisface los requisitos formales (artículo 213, Ley 600 de 200), pues el concepto debe versar sobre los cargos admitidos, motivo por el cual al no haberse aceptado ninguno resultaba innecesario el traslado, por lo que lo

procedente era haberse pronunciado inmediatamente sobre el punto en la misma providencia inadmisoria de la demanda, para de esta manera dar aplicación al principio de pronta y cumplida administración de justicia, consagrado en el artículo 4º de la Ley 270 de 1996.

En torno a este tema, cabe agregar que cuando la Corte entra a proferir una sentencia de casación, es porque se ha observado el debido proceso propio del medio de impugnación extraordinario. Así, ha debido interponerse contra el fallo de segunda instancia dentro del término oportuno, el tribunal lo concedió, la demanda fue presentada en el término de traslado para el efecto, se tuvo que haber corrido, así mismo, el traslado para los no recurrentes; de igual modo, llegada la actuación a esta Corporación, se examinó la demanda, se declaró ajustada y ordenó el traslado al Procurador Delegado para que conceptuara sobre el mérito de la misma.

De esa forma, digo, la Corte regularmente asume de plano la competencia que tiene como Tribunal de casación para emitir la sentencia que sea del caso de acuerdo con los términos planteados en la demanda. Por ministerio de la Ley tal competencia se puede extender a aspectos no tratados en la demanda, cuando quiera que encuentre un motivo de nulidad o afectación a las garantías de los sujetos procesales (artículo 216).

No han sido pocos los casos en los que la Corte se ha visto precisada, después de haberse surtido el comentado trámite, a casar de oficio una sentencia de segundo grado al advertir la presencia de cualquiera de esas eventualidades, incluso, sin que el agente del Ministerio Público la hubiera detectado al rendir su concepto.

Entonces, si así ha procedido, es decir, si ha casado de oficio sin contar ni conocer la opinión del Procurador Delegado sobre un aspecto que sólo emergió a ojos de la Corte al momento de dictar la sentencia de casación, no encuentro razón atendible para que al estudiar si la demanda de casación reúne los requisitos de admisibilidad y después de

inadmitirla ante la carencia de tales requisitos, se dé lugar a un trámite que la ley no prevé.

En otras palabras, si según el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 el presupuesto para casar de oficio es que la Corte perciba que la sentencia se profirió dentro de un juicio viciado de nulidad o porque la misma atenta de manera ostensible contra las garantías fundamentales, es decir, si ya advirtió la falla al examinar preliminarmente la demanda que se va a inadmitir, pregunto ¿para qué traslado al Ministerio Público?

Creo, al contrario, que frente a esa circunstancia, el sentido del artículo en cita consiste en habilitar la competencia de la Corte para que profiera sentencia de oficio por fuera de los derroteros de la demanda, bien sea coetáneamente con la inadmisión de ésta o después de agotado el debido trámite casacional si es que el libelo llegó a ser admitido.

Por último, debo ser enfático en que el ejercicio de la facultad oficiosa que la ley le otorga a la Corte para casar una sentencia de segunda instancia si percibe alguna de las condiciones señaladas en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, no abre paso a una tercera instancia, ni se asimila a un ámbito de plena jurisdicción, a modo de consulta, como para que pueda estimarse que tiene la gracia de decidir sobre todos los aspectos fácticos o jurídicos tratados en el fallo o examinar el completo andamiaje procesal.

En tal evento, el legislador estatuyó un plus de protección a las garantías fundamentales al asignarle a la Corte la misión de reparar ostensibles agravios a la estructura del proceso o las garantías debidas a los sujetos procesales, por manera que su campo de acción no es ilimitado sino el apenas necesario para introducir el correctivo que sea del caso.

En cuanto sentencia de casación la que así produzca, desde luego, como cualquier otra de la misma naturaleza, también debe propender por el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley le asignan a esa sede extraordinaria: hacer efectivos el derecho

material y las garantías de las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y la reparación de los agravios inferidos a las partes con el fallo.

No son más, pero tampoco menos, los límites que tiene la Corte en el ejercicio de la atribución que tiene de casar de oficio la sentencia. La ineludible e imperativa observancia de ellos garantizará que la casación no pierda su naturaleza de instituto procesal extraordinario, que se desarrolla por fuera de las instancias, técnico y especializado, y que no mute en simple escenario para revivir controversias ya agotadas o para prolongar, en desmedro de la celeridad que debe observar la administración de justicia, la discusión de asuntos resueltos en una sentencia judicial que se presume acertada y emitida con arreglo al ordenamiento jurídico.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.