

Proceso No. 28125

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N.º.245

Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de de dos mil siete (2007).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación propuesto por la defensora de Carlos Alfonso Varón Millán contra la sentencia del 23 de abril de 2007, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la dictada el 21 de septiembre de 2006 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, que lo condenó, en calidad de coautor, por los punibles de homicidio agravado consumado, homicidio agravado tentado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

Fueron narrados así por el Tribunal:

“...ocurrieron entre las siete y treinta y ocho de la noche del veintidós de mayo de dos mil seis, en el sector de guacamayas, cuando inicialmente varias personas ingresaron al supermercado denominado “Festival de la economía” ubicado en la carrera 1H N.º 37B-04

sur, amenazaron con armas de fuego a los dueños y empleados; se apoderaron de dinero, tarjetas prepago de celular, un anillo y otros títulos estimados en cuantía de cinco millones de pesos y salieron huyendo.

En una vía cercana, localizada en la carrera 2B, con calle 37B, se encontraba el acusado, quien conducía un vehículo de servicio público daewo cielo de placas SHD - 274, esperando a quienes ingresaron al establecimiento; los que al ser perseguidos por el empleado JOSELYN HURTADO, dispararon y le causaron la muerte, al igual que varios de ellos lograron subir al vehículo que siguió su marcha.

Más adelante fueron interceptados por una patrulla motorizada e hirieron al agente RUBÉN PRIETO ACOSTA, descendieron del rodante y corrieron en diferentes direcciones, mientras que el acusado continuó su desplazamiento y luego de adquirir combustible gas, se dirigió al barrio timiza, a la casa de los propietarios del vehículo, con la finalidad de entregarlo, junto con el producido.

Como el agente PASCUAL ANTONIO MARTÍN VALERO, quien se desplazaba como conductor de un bus de la Policía, observó el instante en que los asaltantes subieron armados al vehículo, memorizó las placas del rodante, dejó el bus en el cai y salió en persecución de aquellos, percatándose que habían herido gravemente al agente PRIETO ACOSTA, cuyo radio utilizó para dar la información pertinente.

Vía telefónica se dio aviso por miembros de policía a MARIO ANTONIO ALBARRACÍN BALAGUERA, padre de LILIANA ALBARRACÍN, una de las propietarias del vehículo de servicio público, encargado de su administración y este se dirigió inmediatamente al cai del barrio timiza, distante a escasos metros de su residencia; minutos después su esposa le avisó que había llegado el acusado VARON MILLAN con el vehículo; el que se presentó en el cai, dado que LILIANA ALBARRACÍN así se lo solicitó y fue privado de la libertad".1

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con fundamento en las previsiones del Código de Procedimiento Penal de 2004, el Juez 47 Penal Municipal, en función de control de garantías, realizó audiencia preliminar de legalización de captura e imputación.

La fiscalía formuló cargos por las conductas punibles de homicidio agravado (artículos 103 y 104, numeral 2 del Código Penal), tentativa de homicidio agravado (artículos 104, numeral 10 y 27 ibidem), fabricación, tráfico o porte de arma de fuego o municiones (artículo 365 ibidem), hurto calificado y agravado (artículos 239, 240, numerales 2 y 4, inciso 2, y 241, numeral 11 ibidem) y violencia contra servidor público (artículo 429 ibidem).

2. Luego de presentado el escrito de acusación, el 12 de julio de 2006 se llevó a cabo audiencia para su formulación ante el Juez Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en la que la fiscalía retiró el cargo de violencia contra servidor público por estar subsumido en otro de mayor gravedad.

3. Realizado el debate oral, en audiencia del 15 de septiembre de 2006 el Juez Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá anunció que el sentido del fallo sería condenatorio².

4. En audiencia del 21 de septiembre de 2006 el mismo Juez profirió sentencia³ y condenó a Varón Millán, como coautor de los delitos mencionados, a la pena principal de 40 años de prisión, a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por 20 años y al pago de una suma equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes como perjuicios morales. No reconoció la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

5. Apelada la decisión por el defensor y el acusado, fue confirmada el 23 de abril de

2007 por el Tribunal Superior de Bogotá.

LA DEMANDA

Con el fin de acreditar la existencia de duda probatoria no reconocida por las instancias, la impugnante, al amparo de la causal tercera de la Ley 906 de 2004, formula un cargo único: violación indirecta de la ley (artículos 29 de la Constitución, 8, 380 y 404 del Código de Procedimiento Penal), por considerar que el fallador incurrió en error de hecho, por falso raciocinio. Sustentó así el reproche:

Su teoría del caso fue, y se mantiene, que Varón Millán sí trasladó a algunos de los asaltantes de un lugar a otro de la ciudad, pero movido por insuperable coacción ajena. Por esa razón, cuestiona los siguientes testimonios, que lo vinculan con el actuar ilegal y que fueron el fundamento de la condena.

Agente Pascual Antonio Martín Valero. Presenció la forma cómo abordaron el taxi, pero la versión rendida en la audiencia es disímil a la que consta en el extracto de la comunicación policial radial hecha en el momento de ocurrencia de los hechos. Mientras en la primera sostuvo que el taxista “les abrió las puertas para que los delincuentes abordaran el vehículo y por su velocidad propició ese hecho”, en las referidas comunicaciones manifestó que el procesado era una víctima más. No se sabe por qué motivo cambió su versión, pero lo cierto es que el Tribunal acogió la rendida en la audiencia de juicio, que tuvo lugar casi cuatro meses después, aduciendo estado de nervios y conmoción.

Olvidó el fallador que su calidad de miembro de la Policía Nacional lo “alejan de por sí de las pasiones propias y las debilidades de cualquier otro ciudadano en los mismos eventos”, y que los diálogos radiales fueron espontáneos e inmediatos a los sucesos.

Cuestiona que el Tribunal no hubiera tenido en cuenta lo dicho por él en las

comunicaciones radiales, mientras que en lo demás sí lo consideró atinado y coherente.

Dora Stella Ávila Parra, empleada del supermercado. La apreciación que de su versión hizo el Tribunal no consulta las reglas del artículo 404 del estatuto procesal (trascribió apartes de su versión en juicio).

En la entrevista, surtida horas después de los hechos, no recordó el rostro de los asaltantes, pero, sin embargo, sí definió el de la persona que en horas de la mañana entró al supermercado, su vestimenta y el producto que adquirió (un yogur) En dicho establecimiento se venden alrededor de \$7.000.000 diarios.

Evadió respuestas y adoptó posiciones defensivas frente a algunos cuestionamientos de la defensa, relacionados con descripción y apariencia física del procesado.

Según las reglas de la experiencia, a una persona le resulta más fácil recordar los acontecimientos trascendentales, y, frente a la gran clientela del establecimiento, es difícil acordarse de un pequeño cliente (el del yogur).

A pesar de que lo negó en la audiencia, ella sí se prestó a realizar el retrato hablado del acusado, que hace parte de las evidencias físicas incorporadas al juicio, pero el mismo está contaminado porque la testigo lo vio en la URI cuando fue capturado el día de los hechos.

El Tribunal evadió el análisis descrito y, además, concluyó equivocadamente que como Varón Millán tiene por lo menos tres hijos, seguramente uno de ellos lo acompañó al supermercado en la mañana, sin que esa situación hubiese sido demostrada.

Destaca la contextura no gruesa de su defendido.

Héctor Gómez Ávila, dueño del asadero de pollos ubicado en el segundo piso del

supermercado. Tiene dos hermanas, una, Ángela Consuelo, dueña del último establecimiento, y otra, Dora Stella, empleada del mismo y compañera permanente del fallecido Joselyn Hurtado. No es testigo de cargo pues sólo advirtió los hechos cuando los asaltantes ya habían ingresado al taxi.

Andrea Vanesa Piñeros Vera, de 13 años de edad e hija de un ex policía. A pesar de que se muestra como la declaración más creíble, lo cierto es que las primeras entrevistas fueron confeccionadas, no sólo por la terminología utilizada en ellas, frente a las usadas en juicio, sino por las razones que después suministró frente a sus expresiones refinadas.

El vocablo “occiso” no se utiliza en programas americanos, y aunque la testigo pretendió mostrar un amplio conocimiento en marcas de vehículos, en sus respuestas repitió sólo cinco. Contrario a lo afirmado por ella, no se encontró que su padre haya tenido un lavadero de carros, y aunque inicialmente señaló la hora de los hechos como “20:30”, en el juicio negó entender su significado.

Es inviable que al frente de su casa un vehículo pudiera estar parqueado, dar reversa y orillarse, ir hacia la izquierda o hacia la derecha porque hay una curva estrecha y pendiente, como consta en el plano.

Su comportamiento en la audiencia de juicio fue hostil frente al defensor, tanto que el Tribunal consignó esa situación en el fallo, y se denota su interés en lograr la condena de Varón Millán, pues sabía cuál era el argumento exculpativo de la defensa.

Ninguno de los testigos la vio. Para sortear esa situación el Tribunal sostuvo que es válida la preparación de los testigos, pero olvidó que ello es para decir la verdad no para mentir.

No es legítimo acudir al indicio de responsabilidad por el hecho de que el acusado no

haya utilizado el “QR7”, porque, según informó el administrador del taxi, el mismo está dispuesto para cuando se está en peligro de atraco. Como a Varón Millán se le obligó a apagar su radioteléfono, una vez los asaltantes se bajaron ya no era pertinente accionar la alarma, en cuanto habría hecho que el gremio taxista buscara afanosamente su placa para evitar el daño que ya no existía.

Para sustentar la insuperable coacción ajena, destaca, entre otros aspectos, que la huída en taxi no resulta idónea ni eficaz en esa zona (mal estado de la vía y trancones), el vehículo presentaba fallas en el funcionamiento y tenía poco gas. Varón Millán se presentó voluntariamente al CAI en el mismo automotor, y en los comunicados radiales se escucha que alguien dice que los delincuentes se bajaron del taxi y tomaron otro.

El hecho de que los policiales hayan tratado de involucrar a otras dos personas a través de prácticas irregulares para lograr retratos hablados, respecto de quienes la fiscalía solicitó la preclusión, permite preguntarse si no ocurrió lo mismo con Varón Millán, máxime cuando en los comunicados de radio se escucha una voz ofreciendo premios a los uniformados para que logren captura.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La defensa.

Reiteró los argumentos de su demanda y expuso las razones por las cuales los testigos de cargo no son creíbles. El taxi conducido por el acusado no era el medio idóneo de huída de los delincuentes, porque presentaba fallas mecánicas, contaba con escaso gas natural y la vía por la que transitó era altamente congestionada.

Acude al falso raciocinio porque los falladores solo tuvieron en cuenta lo dicho en la audiencia del juicio pero olvidaron el contenido de los comunicados radiales para el momento en que ocurrieron los hechos. En ellos se escucha a un policial informando que

el vehículo de servicio público fue abordado con violencia, que los delincuentes se bajaron y cambiaron de taxi y a un Mayor de la institución altamente disgustado por haber permitido la huída.

Reprodujo algunos apartes de la grabación policial.

2. El delegado especial de la Fiscalía.

Pidió no se case la sentencia por ineptitud de la demanda. La recurrente no señaló cuáles fueron las reglas de la sana crítica que se quebrantaron y su escrito se asemeja a un alegato, en cuanto plasmó sus propias valoraciones, por lo que debió acudir al falso juicio de identidad.

3. Procurador Delegado para la Casación Penal.

Adoptó postura similar al delegado de la Fiscalía. Sin embargo, afirmó que la valoración de los testimonios hecha por el Tribunal, no atentó contra los principios de la sana crítica.

La decisión se soportó en la apreciación conjunta de las pruebas y el fallador no desconoció las contradicciones de los testigos porque, en lo fundamental, ofrecían uniformidad respecto de las demás pruebas.

Lo relevante no fue que el procesado hubiera ido en horas de la mañana al supermercado sino que estuvo en la tarde en la comisión de los hechos punibles.

Es válido preparar a los testigos, como lo afirmó el Tribunal, y si la defensa consideraba que se aleccionó a la menor de edad, debió denunciarlo. La hostilidad no incide en el contenido del testimonio.

La participación del procesado en los hechos está probada.

LAS CONSIDERACIONES

1. Cuestión preliminar: El deber de estudiar el fondo del asunto cuando se ha admitido la demanda de casación

Una vez radicadas y repartidas en la Corte las demandas de casación instauradas contra un fallo proferido por los Tribunales, junto con los antecedentes respectivos, se impone su calificación. Ese es el momento oportuno para hacer el estudio sobre su contenido y el total cumplimiento de los requisitos en la ley. Entonces, la Sala analizará si al recurrente le asiste interés, si indicó en forma precisa la causal en que funda su cuestionamiento, si expuso claramente el cargo de sustentación o si existe motivo que haga necesario cumplir con los fines de la casación.

Es esa la oportunidad para, de no verificarse alguna de las condiciones señaladas, inadmitir el libelo. Pero una vez se le da curso y se agota la audiencia de sustentación, la Corte debe decidir el recurso.

No es apropiado, en principio, argumentar deficiencias técnicas para omitir pronunciarse de fondo. Ello no significa que la casación haya perdido su esencia: ser un recurso técnico-lógico, sino que una vez admitido el libelo y superada la revisión formal, lógica y argumentativa correspondiente, la Corte debe desatar el recurso, abordar el asunto planteado y resolver en relación con los cargos propuestos.

La Sala no desconoce, como lo destacan los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público, que la demanda presentada adolece de técnica, empero, ya admitida, adoptará decisión de fondo.

2. El principio de oralidad y la sentencia de primera instancia

El nuevo Código de Procedimiento Penal privilegia la ritualidad oral, de donde surge que

algunas formalidades propias del sistema anterior deben obviarse, sin que ello implique desconocer la solemnidad que revisten determinados actos, tales como la sentencia.

Uno de los principios rectores del Código es el de oralidad, según el cual la actuación procesal es, por esencia, oral en su realización. Se da preponderancia al uso de la palabra hablada y se otorga prevalencia a la inmediación, a la concentración y a la publicidad. El nuevo sistema dejó atrás el ritualismo escrito para abrir paso a la celeridad y a la eficiencia en la administración de justicia. La mayor y activa comunicación entre los intervinientes y entre éstos y el juez, fortalece la existencia de un Estado democrático de derecho.

Al privilegiar la expresión oral, el proceso se convierte en una actividad dinámica de argumentaciones y de un debate dialéctico permanente, que se traduce en una espléndida posibilidad de cumplir en forma eficaz y eficiente con el mandato de impartir justicia de manera pronta y expedita.

El legislador exigió para su viabilización, la utilización de diversos medios técnicos, con el fin de imprimir mayor agilidad y fidelidad, debiendo, en todo caso, conservarse un registro de lo acontecido.

Esa previsión se encuentra contenida, entre otros, en los artículos 9, 10, 145, 146 y 147 del estatuto adjetivo.

Aunque el último inciso de los artículos 179 y 185 de la Ley 906 de 2004 permite colegir la exigencia escrita para la sentencia de segunda instancia y la que se adopte en sede de casación -en estos casos el legislador contempló audiencia de lectura de fallo-, lo cierto es que no existe mandato legal según el cual la de primera instancia deba constar por escrito. De la lectura de los artículos 162 y 179 ibidem no puede inferirse tal obligación, por lo que su pronunciamiento de manera pública no atenta contra

las exigencias legales, siempre que se deje registro videográfico y escrito⁴. Por el contrario, efectiviza el principio de oralidad y permite una administración de justicia pronta y expedita⁵.

Así, pues, resulta válido y ajustado al nuevo sistema que el juez de conocimiento haya pronunciado su sentencia en audiencia, en cuanto se dejó consignada en la grabación videográfica y existe registro escrito de tal acto.

Empero, tal como a continuación se explica, se advierten serias irregularidades que fracturan la estructura propia del juicio y quebrantan el debido proceso.

3. La reparación de perjuicios y la intervención efectiva de la víctima o del perjudicado por la conducta punible. La formalidad sustancial de la sentencia de primer grado y la necesidad de respetar las formas propias del juicio.

3.1. De la actuación procesal consignada en los antecedentes de esta providencia se tiene que en audiencia del 15 de septiembre de 2006 el a-quo anunció el sentido del fallo, y el 21 de septiembre siguiente profirió sentencia.

Si bien el fallador respetó el término máximo de 15 días calendario que para ese acto procesal estipula el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que olvidó que por disposición del artículo 106 ibidem las víctimas y/o los perjudicados con la conducta punible cuentan con un máximo de 30 días, contados a partir del anuncio del fallo de responsabilidad penal, para solicitar la reparación integral.

En torno a la aparente incompatibilidad de términos, esta Sala de Casación, en sentencia de tutela del 7 de diciembre de 2005⁶, esclareció el punto y sostuvo:

“En efecto, si del fallo debe hacer parte lo decidido en el incidente, conforme lo señalan paladinamente tanto el artículo 447 inciso 3 (sentencia “en la cual se incorporará la

decisión que puso fin al incidente de reparación integral”) como el 105 (“...el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal”), la lógica y el sentido común indican que el trámite del reseñado incidente debe ser previo a la emisión de la sentencia.

Pero si se dijera que puede ser posterior a ésta, inclusive estando en firme el fallo, y que la incorporación debe entenderse en un plano meramente jurídico y no material, se enfrentarían graves e insolubles problemas, como el atinente a la interposición de los recursos; porque, ¿cómo interponerse la casación cuando su objeto sea únicamente lo referente a la reparación integral decretada al resolver el incidente (según la causal expresa del art. 181-4)? lo sería respecto de un auto (el que resuelve el incidente), o bien respecto de una sentencia ejecutoriada a la que ya se ha incorporado aquella decisión? ¿Se levantaría, entonces, la firmeza del fallo en virtud de la mencionada incorporación para que pudiera atacarse en casación? O se admitiría la impugnación extraordinaria con exclusividad frente a un auto? O se le admitiría de cara a una sentencia ejecutoriada de primera instancia? Porque recuérdese que el trámite incidental y su decisión corren por cuenta del juez a quo.

Ahora, si no está en firme el fallo condenatorio pero ha sido apelado y al mismo tiempo se tramita y resuelve el incidente, cómo incorporar su decisión a aquél? De ser apelable la decisión del incidente, qué ocurriría si este se confirma y luego la sentencia condenatoria se revoca? No hay duda que cuando el fallo de primera instancia se recurre en apelación ya debe llevar incorporada la decisión que puso fin al incidente. Mírese este ejemplo: si en acato al artículo 447 el fallo se dicta a los 8 días de finalizado el juicio oral, la notificación en estrados y la interposición allí mismo del recurso obligan a su inmediata concesión (art. 179); sin embargo, la víctima contaría aún en ese caso con 22 días más, sólo para solicitar la apertura del trámite incidental, tiempo éste que sumado al que dura el desarrollo del incidente muy probablemente encuentre que al decidirlo ya se ha desatado la apelación contra la sentencia.

Algo más: de ser apelable -como lo es- el auto que decide el incidente (recuérdese que tal pronunciamiento admite casación art.181,4-), de la impugnación conoce el juez de circuito (art 36-1), en tanto que del ataque a la sentencia se ocupará el tribunal superior (art. 34,1), situación que torna aún más difícil la eventual e independiente apelación de los dos pronunciamientos.

Ahora, el hecho que en el artículo 162 -cuando establece los requisitos de la sentencia- nada se diga expresamente en torno al monto y a la condena al pago de los perjuicios (desde luego concretados por virtud del incidente), no descarta que tal pronunciamiento no debe hacer parte del fallo, pues no puede pasar desapercibido el categórico mandato de los artículos 447 y 105 cuando ordenan (que no facultan) que la decisión del incidente “se incorporará” a la sentencia penal. La obligada integración normativa no llama a cavilación y en ese sentido el artículo 162 ha de entenderse complementado con aquellas dos disposiciones.

Así, si como se afirma, que el incidente debe tramitarse y resolverse antes de proferirse la sentencia condenatoria de primera instancia; y si además -como se dejó visto- que ello puede resultar en la práctica imposible en ciertos casos por razón del conflicto entre las normas que imponen o permiten plazos distintos, la solución está por conjugar e interpretar armónicamente el alcance y aplicación de los dos mencionados dispositivos legales, acudiendo no sólo en protección de la víctima para que dentro de los reseñados 30 días pueda hacer uso de su derecho a la reparación, sino también al criterio de ponderación autorizado o impuesto por la norma rectora 27, de tal modo que se compagine armónicamente el desarrollo de la actuación penal con el respeto por las garantías fundamentales de todos los que en ella intervienen.

En ese contexto, entonces, nada se opone a que el término para que el juez dicte sentencia condenatoria sea de 30 días, esto es, que a ello proceda sólo cuando haya vencido el plazo del que dispone la víctima para solicitar el trámite del incidente, sin que

esa fórmula protectora de los intereses de aquélla redunde en perjuicio de los derechos del acusado, tal como lo prohíbe el artículo 133 inc. 2, como que éste no sería afectado con ese procedimiento, pues de no estar privado de libertad en ese estado proseguiría luego del anuncio del sentido del fallo o de aprobado el preacuerdo, según el caso (conforme lo autoriza el art. 450), y si lo está, puede ser liberado en esas mismas oportunidades de surgir procedente la concesión de un subrogado, tal como lo regula el artículo 451”.

Entonces, la sentencia condenatoria habrá de proferirse cuando haya vencido el plazo del que dispone la víctima para solicitar el trámite incidental, lo que no ocurrió en esta oportunidad.

La falla advertida adquiere mayor relevancia porque el juez, de oficio, procedió a condenar en perjuicios, sin que durante el debate público oral las víctimas se hubieran hecho presentes ni mediara solicitud de su parte, de la Fiscalía o del Ministerio Público.

Consta en los registros que desde la audiencia preparatoria el funcionario preguntó si las víctimas habían otorgado poder a algún profesional del derecho para hacerse parte dentro de la actuación, con resultados negativos. En consecuencia, en la sentencia resolvió oficiosamente pronunciarse sobre los perjuicios morales y materiales ocasionados, y condenó al acusado⁷:

* Por el homicidio, a pagar el equivalente a 100 salarios mínimos a favor de los herederos de Joselyn Hurtado por concepto de perjuicios morales. No se demostraron los perjuicios materiales.

* Por la tentativa de homicidio, a pagar 20 salarios mínimos legales mensuales por “los daños morales que sufrió el policía”. No se probaron los perjuicios materiales.

* Por el hurto, las víctimas manifestaron que el valor ascendió a cinco millones de pesos, por lo que lo condenó al pago solidario de ese monto. No condenó a perjuicios morales porque no se demostraron.

Con ese proceder cercenó el derecho de las víctimas y de los perjudicados con la conducta punible de obtener una reparación integral, pues impuso, motu proprio, una condena sin haberles permitido su intervención dentro del proceso.

Debe recalcar que toda decisión judicial, y la de reconocimiento de perjuicios no es la excepción, debe fundarse en las pruebas legalmente aducidas y no en criterios personales del juez, como sucedió en este caso, porque en punto de los daños ningún elemento se pidió ni aportó.

Además, en el nuevo sistema de enjuiciamiento, el juez debe actuar conforme a las solicitudes que se eleven, y, desde luego, las víctimas desempeñan un papel fundamental dentro del esquema procesal pues su intervención, ampliada a los perjudicados por el hecho punible que demuestren daño cierto, real y concreto⁸, se extiende a lograr la verdad, la justicia y la reparación.

Los derechos de las víctimas tienen rango constitucional (artículo 250, numerales 6 y 7) y su derecho de postulación es una clara expresión del de acceso a la administración de justicia. Por consiguiente, dentro del proceso deben contar con oportunidades efectivas para hacer valer sus derechos⁹, y los plazos que para ese propósito estableció el legislador deben ser respetados a plenitud por el funcionario judicial.

Recuérdese que su intervención ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia constitucional, que les ha garantizado su participación en aspectos medulares del proceso y les ha reconocido facultades en materia probatoria, en relación con el principio de oportunidad, frente a la decisión de preclusión y a la impugnación¹⁰.

Ahora, la actuación oficiosa del juez rompe con el esquema adversarial del nuevo sistema. Para efectos de la reparación, el legislador de 2004 previó el incidente de reparación integral (artículo 102 y siguientes), que tiene lugar una vez emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y el cual se iniciará por solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, a instancia de aquella.

De manera pues que para que se inicie el incidente es necesaria la existencia de una solicitud expresa. No es de iniciativa del juez ni puede ser adelantado de oficio, su promoción pertenece a la víctima.

La ley entregó a la víctima la facultad de promover la reparación¹¹, por lo que de no ejercerla se perderá la oportunidad de hacerlo dentro del proceso penal, sin que ello signifique que no pueda acudir a otra instancia jurisdiccional con el propósito de obtener su reconocimiento.

En el acta N° 16 la Comisión Redactora Constitucional del Código de Procedimiento Penal de 2004 se consigna que la pretensión económica debe ser solicitada por la víctima, y el Estado “únicamente debe garantizar que no se pierda dicha pretensión, evitando que el victimario se insolvente”. Ello en cuanto en el sistema adversarial las partes deben ser iguales. Se aclaró, además, que la petición indemnizatoria es una decisión de la víctima y, al ser un proceso de partes, es decisión de ésta solicitar la indemnización de perjuicios.

De manera que es la víctima la que tiene el derecho y el deber de manifestar cuál fue el daño causado con la conducta punible, fundamentarlo y probarlo.

El pronunciamiento apresurado de la sentencia de primera instancia y la intervención oficiosa del juez de conocimiento afecta el derecho de las víctimas y, por contera, el debido proceso.

3.2. Adicionalmente, se evidencia que esa sentencia adolece de fallas que violentan los derechos de contradicción y defensa del acusado.

Pese a lo expuesto sobre la viabilidad de que ese acto se pronuncie de manera oral, es imperioso que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 162 del estatuto procesal penal, tales como la mención de la autoridad judicial que la profiere; el lugar, día y hora en que se adopta; la identificación del número de radicado que corresponde a la actuación; una relación de los hechos y de las pruebas; la fundamentación jurídica en la que se precisen los motivos por los cuales se estima o desestiman las pruebas que hayan sido válidamente admitidas en el juicio oral; la decisión que se adopta; las razones del disenso, en caso de existir diferencia de criterios; el señalamiento del recurso que procede y la oportunidad para interponerlo.

No puede corresponder simplemente a un formalismo intrascendente, meramente enunciativo o carente de motivación. Es preciso que su estructura argumentativa sea lógica, concatenada y ordenada, que contenga en forma diáfana las razones que condujeron al fallador a adoptar la decisión, así como las reglas de la experiencia, de la lógica o de la ciencia tenidas en cuenta al momento de valorar las pruebas y los fundamentos jurídicos para aplicar una u otra disposición. Todo ello con el fin de permitir a las partes la posibilidad de ejercer sin compliques ni ambages su derecho de defensa y contradicción.

La exigencia de motivar las sentencias tiene fundamento en el principio de la lealtad procesal y, en esa medida, debe estar en función de la impugnación. Una decisión incoherente, enredada u oscura hace irrealizable el derecho de impugnación.

Por consiguiente, no es admisible que se funde en suposiciones o afirmaciones genéricas o ambiguas. El juez no puede dedicarse a lanzar frases sueltas, sin sentido o a hacer un recuento de situaciones personales o profesionales vividas con anterioridad o de valoraciones privadas y subjetivas.

Esa providencia judicial constituye una pieza fundamental dentro de la actuación, en cuanto por su conducto se resuelve la situación controversial. Por manera que debe cumplir no solo con los requisitos formales establecidos en la ley sino contener un juicio lógico y axiológico producto de un concienzudo y delicado análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal.

La garantía de motivación que se demanda del juez no es aventurada y la lógica en su itinerario descriptivo y argumentativo proscribela arbitrariedad en cuanto los intervinientes que se encuentran en desacuerdo con la determinación pueden seguir el camino que condujo al funcionario judicial a fallar y hallar sus razonamientos, sus juicios y fundamentos para canalizar su oposición.

En la medida en que esa providencia adolezca de motivación adecuada y suficiente y de argumentos serios, ordenados y objetivos, se imposibilita a las partes ejercer a plenitud sus derechos de defensa y contradicción.

El proceso penal es un escenario de controversia en el cual debe prevalecer la garantía de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. El derecho a la defensa del acusado y, como expresión de éste, el de contradicción e impugnación constituye pilar fundamental de la actuación judicial, que de no observarse torna el proceso inconstitucional y obliga al juez que advierta tal irregularidad a declarar la nulidad en procura de restablecer los derechos quebrantados. De avizorarse tal situación por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y toda vez que una de las finalidades del recurso extraordinario es justamente el respeto de las

garantías de los intervinientes, habrá de proceder de conformidad.

El artículo 29 de la Carta Política previó el derecho de impugnar la sentencia condenatoria, y el artículo 31, por su parte, consagró el principio de la doble instancia, salvo las excepciones que contemple la ley.

Así, cuando por ley es viable tener acceso a una segunda instancia, es imperioso que la determinación de primer grado sea susceptible de ser válidamente impugnada. De lo contrario, esto es, de ocurrir que la decisión de primer grado adolezca de graves falencias argumentativas o de total motivación, sería admitir que un proceso se quedara en una única instancia, lo que sin duda contraría los principios constitucionales y legales que rigen el debido proceso.

Para dar trámite al recurso de apelación se exige, como requisito fundamental, que el alegato correspondiente se encuentre fundamentado. En ese sentido, se ha sostenido que no es suficiente que el libelista afirme su inconformidad o su deseo de recurrir en forma genérica, sino que su inconformidad contenga fundamentos serios y razones suficientes mediante las cuales se expongan de manera clara y precisa los motivos de desacuerdo con la decisión recurrida, atacando sus planteamientos y su contenido. Con razón ha sostenido la jurisprudencia que sustentar indebidamente, es como no hacerlo, y ello conduce inexorablemente a declarar desierto el recurso¹².

De la misma manera, si la providencia judicial (sentencia) no se encuentra suficientemente sustentada, es como si no existiera dentro del proceso, y, por contera, conduce a que se declare su nulidad.

En torno al punto, la Sala ha manifestado:

La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la

circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotetice. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del *thema probandi*, se constituye en acto procesal defectuoso, vicio de actividad éste imposible de subsanar en la dinámica de las instancias, como tampoco susceptible de remedio en casación a través de su reemplazo, dado que con ello el superior terminaría trastocando la estructura del proceso por instancias o grados.”¹³

Ahora, aunque se ha sostenido que los fallos de primera y segunda instancia constituyen una unidad inescindible y que esa comunidad que guardan entre sí permite que el juez de casación, cuando el segundo confirme íntegramente el primero, haga referencias a uno o a otro sin distinguos, así el del Tribunal no se refiera en forma expresa a un determinado problema, ello no significa que el de segundo grado pueda subsumir en un todo el primero. De admitir esa hipótesis sería desconocer la doble instancia y, en consecuencia, los principios constitucionales y legales del debido proceso.

En el caso concreto, la providencia proferida por el a-quo no constituye, en esencia, una sentencia. Sus desatinos fueron advertidos y criticados por el Tribunal, que llamó la atención sobre la actuación del funcionario judicial en la audiencia correspondiente, sobre las falencias formales y argumentativas de la sentencia recurrida y criticó la inclusión desacertada de su conocimiento privado.

Refirió que la insuperable coacción ajena, contrario a lo dicho por el a-quo, puede

probarse por cualquiera de los medios de conocimiento previstos en el Código de Procedimiento Penal o por otros, siempre que no vulneren derechos humanos. Cuando se plantea causal de ausencia de responsabilidad, la carga de la prueba no puede ser mayor para una de las partes: el defensor, como se evidencia en la sentencia de primer grado. Toda duda debe resolverse a favor del acusado.

No obstante, precisó que esas deficiencias no afectan la decisión ni conducen a absolver al acusado, toda vez que los medios de prueba permiten descartar la insuperable coacción ajena y, en ese orden, fundamentar un fallo condenatorio. Sostuvo el ad-quem:

“No obstante las falencias argumentativas y valorativas que exhibe la sentencia, luego de examinar cuidadosamente los medios de prueba introducidos y producidos en el juicio oral, la Sala concluye que tal proceder no afecta la decisión impugnada, pues permiten descartar la insuperable coacción ajena que se plantea y fundamentar así, un fallo condenatorio.

(...)

En síntesis la Sala observa reiteradas deficiencias argumentativas, ampliamente destacadas por el impugnante, pero, se reitera, ello no implica, la absolución del encausado, toda vez que a través de los medios de prueba, incorporados y producidos en el juicio oral, se llega al convencimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal de CARLOS ALFONSO VARON MILLAN, exigencia que establecen el inciso cuarto del artículo 7, en concordancia con los artículos 372 y 381 de la Ley 906 de 2004”.¹⁴

De lo anterior se colige que la imperfección, la ausencia material de sentencia de primera instancia fue advertida y que el Tribunal intentó superar la deficiencia al analizar en su providencia el material probatorio, pero es palmario que esa situación desconoce las formas propias del juicio y el derecho de defensa porque el proceso, por esencia de doble

instancia, quedó reducido a una, con una determinación recurrible sólo a través del recurso extraordinario de casación.

En los registros consta¹⁵ que el a-quo empleó una especial metodología en su sentencia con el fin de hacerla pedagógica. Sin embargo, el sistema al que acudió, los enunciados y el procedimiento deductivo utilizados, son censurables. Sin duda incurrió en serias fallas argumentativas al sustentar su decisión en suposiciones y en juicios personales que impiden ejercer de manera efectiva el derecho de contradicción e impugnación.

Además, antes de imponer la pena, corrió traslado a las partes para efectos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y destacó que esa intervención tiene lugar en este momento procesal porque después de anunciar el sentido del fallo, en esta audiencia podría llegar a una conclusión distinta. Como se verá, con tal proceder nuevamente erró y atentó contra el debido proceso.

No constituye una verdadera sentencia aquella en la que intenta trasladar la resolución del asunto puesto bajo su cuidado al público presente en la audiencia; en la que el funcionario judicial incluye su conocimiento privado, sus experiencias, sus presunciones y apreciaciones subjetivas para construir su determinación en suposiciones y conjeturas desprovistas de soporte probatorio.

Es evidente que la estructura de la providencia es desorganizada, su discurso es disperso, genérico, inundado de apreciaciones particulares y propias, que aunque intenta acercarse a la justificación, adolece de motivación. La falta de un análisis riguroso y coordinado de los hechos, de las pruebas, de los alegatos y del marco normativo aplicable impide impugnarla válidamente, en cuanto dificulta al interesado para seguir el rastro argumentativo.

No se desconoce que razón tiene el juez en intentar utilizar un lenguaje sencillo, de forma

que lo entienda el común de la gente, pero ello no justifica que se acuda a manifestaciones subjetivas, hipotéticas o extrañas a una lógica argumentativa.

Una decisión como la proferida en primera instancia atenta gravemente contra el derecho de contradicción y defensa del acusado. Esa situación debe ser normalizada por la Sala y en consecuencia, por esta otra razón, habrá de retrotraer la actuación para que se restablezcan los derechos trasgredidos.

3.3. La Corte llama la atención sobre otras actuaciones del juez que denotan desconocimiento de las reglas y ritualidades que rigen el nuevo sistema.

a) Durante la audiencia en la que profirió sentencia, dejó entrever que su decisión podía ser distinta a la del sentido del fallo.

Una vez más recuerda la Sala que el sentido del fallo es vinculante para el juez, en cuanto conforma una unidad inescindible con la sentencia. En ese orden, aquél y ésta deben guardar consonancia.

Por manera que una vez terminado el debate público oral y dado a conocer por el juez cuál va a ser el sentido de su fallo, no puede proferir sentencia en sentido contrario. Si al redactar o emitir la sentencia llega a la convicción contraria por razones de justicia material, esto es, a pesar de haber anunciado condena considera que lo debido es absolver, no puede dictar sentencia bajo esa orientación. Está en la obligación de declarar la nulidad de lo actuado a partir de ese momento procesal.

Al respecto, en proveído del 17 de septiembre de 2007¹⁶, la Sala sostuvo:

“...la sentencia que pone fin al proceso en el sistema de la Ley 906 de 2004 es un acto complejo que se conforma con el sentido del fallo que, motivado sucintamente con los aspectos señalados en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el juez debe

anunciar al finalizar el debate oral, y la providencia finalmente redactada y leída a las partes, siendo imperativo para el juez que ésta guarde armonía, consonancia, congruencia con aquel aviso, porque las dos fases de ese único acto constituyen una unidad temática.

Pero si, eventual y excepcionalmente, al redactar la sentencia el juez llega a la convicción de que el acatamiento al anuncio de ese sentido implicaría una injusticia material, debe declarar la nulidad de aquel aviso, para que, al reponer la actuación con el anuncio correcto, respete las garantías de las partes”.

b) En esa misma audiencia -la de sentencia-, luego de sustentar su decisión condenatoria, dio traslado a las partes para concretar la pena.

Una vez anunciado el sentido del fallo, el paso inmediatamente siguiente es, según el artículo 447, la individualización de la pena -en caso de que sea condenatorio o si se aceptare el acuerdo celebrado con la fiscalía- y, para tal fin, el juez deberá consultar a las partes sobre la regulación de la pena. Una vez hecho lo anterior, señalará fecha, lugar y hora para proferir sentencia.

Así, antes de emitir sentencia -ya sea oral o escrita- se cumple con la tarea de establecer o concretar la pena. Es razonable que ello tenga lugar en etapa anterior a la sentencia toda vez que se prevé la posibilidad que si para efectos de realizar esa labor el juez estima necesario ampliar la información relativa a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y de antecedentes del acusado, pueda valerse de un experto para que en 10 días responda su petición.

El juez, de manera impropia, procedió a conceder la palabra a las partes para efectos de individualización de pena en una etapa posterior a la que debía llevar a cabo (en el momento de proferir sentencia). El defensor no hizo propuesta o solicitud alguna al respecto porque consideró, con razón, que ese no era el momento procesal.

Esa peripecia permite afirmar que se atentó contra el debido proceso y el derecho de defensa, en cuanto el defensor no pudo referirse a las condiciones individuales, familiares, sociales y personales del acusado, ni opinar sobre la probable determinación de pena ni a la concesión de algún subrogado.

Así las cosas, al retrotraer la actuación, conforme a lo expuesto en el acápite 3.2. de este fallo, el juez deberá tener en cuenta lo expuesto.

4. La solución

Al ser la sentencia pilar fundamental del proceso penal, la conclusión lógica de lo expuesto es casar la que fuere recurrida y retrotraer el trámite con el fin de que se restablezcan las garantías y los derechos violentados.

La pregunta que surge es ¿desde cuál estadio procesal habrá de decretarse la nulidad, en aras de no resquebrajar la estructura ni desconocer los principios que rigen el sistema?

Tratándose de la sanción extrema de nulidad, la actuación debe retrotraerse exclusivamente a lo que en estricto sentido sea indispensable para el restablecimiento del derecho afectado, contexto dentro del cual se invalidará desde el momento inmediatamente posterior al anuncio del sentido del fallo. No puede extenderse a este aviso ni al debate público oral, en cuanto se adelantó con respeto del proceso como es debido, con la intervención de las partes.

En mérito 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

Primero. Casar la sentencia demandada.

Segundo. Declarar la nulidad de lo actuado dentro del juicio seguido contra Carlos Alfonso Varón Millán por los punibles de homicidio agravado consumado y tentado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, pero exclusivamente desde el momento inmediatamente posterior al anuncio del sentido del fallo hecho por el Juez Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá en la audiencia del 15 de septiembre de 2006, conforme a las previsiones hechas en la parte considerativa.

Tercero. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 2-3 Sentencia Segunda Instancia.

2 CD 13.

3 CD 14.

4 En la sentencia del 21 de marzo de 2007 (radicado 25.407) la Sala sostuvo que “es facultativo y legalmente nada impide que el juzgador profiera la decisión al término de la audiencia de juicio oral y público y determine la condena, porque entre otras razones esa es la idea central que sustenta el sistema de enjuiciamiento de la Ley 906”.

5 La Convención Europea de Derechos Humanos contempla el derecho a un proceso equitativo que consiste en que “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

6 Radicado 22.920.

7 CD. 15. record 1:13.

8 Sentencia C-516 del 11 de julio de 2007 de la Corte Constitucional.

9 Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006 de la Corte Constitucional.

10 Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007 de la Corte Constitucional.

11 La Corte Constitucional reconoció de tiempo atrás la legitimidad no sólo de las víctimas sino de los afectados por el delito para lograr el restablecimiento del derecho y la reparación integral (sentencia C-370 de 2006). Así mismo, en la sentencia C-516 de 2007, cuando declaró inexecutable el último inciso del artículo 102 de la Ley 906 de 2004, sostuvo que es la demostración del daño cierto padecido como consecuencia del delito, y no la condición de damnificado o el parentesco, lo que determina la calidad de víctima o perjudicado y por ende la titularidad de sus derechos.

12 Cfr. Sentencia de casación del 27 de julio de 2006 (radicación 22.329).

13 Sentencia del 25 de marzo de 1999 (radicado 11.279).

14 Folios 16,18 Sentencia Segunda Instancia.

15 CD 14.

16 Radicado 27.336.