

Proceso No 26263

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 236

San Gil, veintidós (22) de agosto de dos mil ocho (2008).

D E C I S I Ó N

Procede la Sala a resolver de fondo el recurso de casación, interpuesto contra el fallo emitido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué (Tolima), el 4 de agosto de 2005, que confirmó la sentencia adoptada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, el 31 de mayo de 2004; en el proceso seguido contra DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ¹, que lo condenó, a la pena de 28 años y 9 meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la sanción principal, en calidad de coautor responsable de los punibles de homicidio agravado en concurso con hurto (calificado y agravado) y porte ilegal de armas de fuego.

H E C H O S

El 18 de mayo de 2002, aproximadamente a las dos de la madrugada, en el kilómetro 5 vía Ibagué-Picaleña, exactamente en la carpa de Tiendas Pop, contiguo a manufacturas Carolina, ingresó un grupo de personas, entre las que se identificaron a DIEGO ANDRÉS

MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ABRAHAM ULTENGO PAJOY, quienes en varias oportunidades le dispararon al vigilante NOEL HERRERA POVEDA, causándole su deceso en forma inmediata, al tiempo que destruían el lugar y se apoderaban de gran cantidad de prendas de vestir destinadas, por el almacén, para su comercialización.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 4 de marzo de 2003, la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Ibagué, dictó resolución de acusación contra ABRAHAM ULTENGO PAJOY y DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, como coautores del delito de homicidio agravado en concurso con hurto (calificado y agravado) y porte ilegal de armas. El 23 de abril del mismo año, la Fiscalía de segunda instancia, confirmó el proveído recurrido por los defensores técnicos de los coimputados.
2. El 31 de mayo de 2004, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué (Tolima), condenó a los imputados ULTENGO PAJOY y MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, a la pena de 28 años 9 meses de prisión -para cada uno- y, a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la sanción principal. Así mismo, al pago por perjuicios materiales en el equivalente a 600 smlmv y morales en 300 smlmv.
3. El 4 de agosto de 2005, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, confirmó integralmente el fallo recurrido por los procesados y sus defensores.
4. El nuevo apoderado judicial del condenado DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, sustentó la impugnación el 7 de febrero de 2006, siendo admitida el 27 de noviembre del mismo año; y, el 8 de julio de 2008, regresó la actuación proveniente de la Procuraduría Primera Delegada para la Casación Penal, a fin de pronunciarse la Sala de fondo sobre las pretensiones expuestas en el libelo.

L A D E M A N D A

Bajo el auspicio de la Ley 600 de 2000, el actor, formuló un cargo de violación de la Ley sustancial por vía indirecta, error de derecho en sentido de falso juicio de legalidad, respecto de la declaración de Diego Alexander García Jiménez, alias “huevito”, al no reunir los requisitos para su validez y el Tribunal, sin embargo, la convalidó para condenar a su prohijado.

Síntesis de los argumentos en los que se sustentó el ataque:

- (1) El libelo fue elaborado por el actor, recogiendo el criterio expuesto por la Doctora María Mercedes Mejía, cuando se desempeñaba como Delegada ante el Tribunal, quien manifestó que “las normas que no se aplicaron... la doctora se refiere a las normas y otro tanto hacen los tratadistas que la alta funcionaria cita en forma textual”.
- (2) Los artículos 29 de la Carta Política y 316 del Código de Procedimiento Penal, fueron inaplicados, por tanto, se apoyó el libelista “en lo dicho por la Delegada ante el Tribunal Superior, doctora María Mercedes Mejía Botero, esto al confirmar la resolución acusatoria”.
- (3) Por tal motivo, el Tribunal le está vedado “revivir una declaración inexistente y mucho menos considerando una nueva declaración del mismo testigo, en la que no ratifica lo dicho y en donde se explica suficientemente”.
- (4) Dijo conocer exactamente la jurisprudencia sobre el falso juicio de legalidad, referida a la prueba y su inexistencia.
- (5) La declaración de alias “huevito”, fue practicada por miembros del CTI, sin haber mediado comisión alguna de autoridad competente, ni en presencia de un Fiscal; en tal diligencia el testigo relató la forma como sucedieron los acontecimientos,

identificando, entre otros, al recurrente en casación, como una de las personas que consumaron los delitos: “de Diego Andrés dice que hizo propiamente dicho... tenía un arma, la misma que se la había comprado a Richard”; luego pasó a confrontar ésta versión con otras rendidas por el mismo testigo ante la Fiscalía, en donde aseguró que todo fue un invento por las precisiones recibidas por los investigadores.

(6) Criticó a la Fiscalía porque en la nueva atestación que le recibió a Alexander García Jiménez, le faltó preguntarle “cuál era la versión que sobre los hechos le había dado a Richard, eso se le hubiera ocurrido a cualquiera... lo que si quedó claro es que lo de Diego Andrés y lo de otras personas involucradas no era cierto”.

(7) Con tantas irregularidades en la declaración en comento, al ser menor de edad el testigo, haberse realizado la diligencia sin autorización, ni con Fiscal, bajo amenazas, él inventó cosas y acusó a personas sin ser ellas responsables de los hechos, “por físico miedo a que lo metieran en los calabozos con los guerrilleros”. Agregando el libelista: “el testigo dijo que lo que está escrito en la declaración ante el cti, es lo que de su parte dijo en ese momento y que la firma que aparece en esa declaración es la suya. Lo cual es muy distinto a ratificarse en lo dicho, puesto que a renglón seguido dijo que todo lo dicho no era cierto”.

(8) La Fiscalía no se interesó en el contenido de la nueva versión y se concentró en la anterior rendida ante el C.T.I.; no obstante, el testigo alias “huevo” es “de oídas y muy mal interrogado en su segunda y verdadera declaración”. Por tanto, “la responsabilidad de que la segunda declaración, la verdadera, no sirviera para nada, la tuvo la fiscalía. La primera es inexistente a ojos de vista y la segunda no sirve para nada por falta de efectividad en el interrogatorio”.

(9) En un párrafo titulado “concretando”, el actor afirmó: “la declaración de huevo fue recibida por el C. T. de investigación. El joven no fue hasta el lugar del hecho y por

supuesto no vio nada de lo que ocurrió en el interior de la carpa. Una declaración en esas condiciones no vale un peso, esto si consideramos la constitución, la ley y la práctica judicial”.

(10) Las siguientes páginas las dedicó a disertar sobre la narración de los hechos realizados por el testigo Diego Alexander García Jiménez, alias “el huevito”, tanto en la primera como en la segunda declaración y sobre las afirmaciones de la Fiscalía en ese punto, para concluir –entre párrafos que “la Delegada en comento encuentra que ciertamente el referido testimonio debe ser excluido del análisis probatorio, ya que fue incorporado al proceso contrariando las reglas determinadas por la ley para su practica y aducción, esto es, sin el lleno de las formalidades señaladas en el ordenamiento ritual”.

(11) La retractación realizada por García Jiménez ante la Fiscalía, fue avalada por la funcionaria de segunda instancia al confirmar la acusación, indicando que la Corte viene diciendo que tal arrepentimiento no deja sin valor lo expresado en el primer momento, al requerirse un estudio a fondo de todo lo actuado. Por eso, ningún testigo afirmó haber visto a su prohijado en el lugar de los acontecimientos, nadie dijo qué él hubiera disparado contra el celador y menos aún existe testigo “que merezca crédito que diga que Diego Andrés vendió ropa hurtada”

(12) Transcribió, en páginas siguientes, todo lo manifestado por la Fiscal Delegada ante el Tribunal, frente al testimonio reseñado, para luego, atacar la valoración del Juez Plural realizada sobre ese testimonio: “con todo respeto la Sala del Tribunal Superior hizo una lectura equivocada de la segunda declaración de huevito, puesto que este aceptó haber dicho lo que aparece en su primera delación y que la firma que allí aparece es la suya. Al respecto no hay ninguna duda”, el problema para el actor, residió “que todo lo allí dicho es mentira y eso es lo que cuenta”.

(13) Acto seguido, sostuvo que la Corte “debería dictar una sentencia absolutoria,

aplicando a favor de mi cliente el indubio pro reo, esto es la presunción de inocencia de que hablan los artículos 7 y 232 del C. de P. Penal”; normas que transcribió.

(14) Luego se refirió a otros medios de prueba como a la declaración de otro vigilante, al informe del C.T.I. y que la “ropa la vendió y la compró mucha gente. A mi cliente nadie lo vio en esas, por lo menos eso es lo que yo puedo decir después de leer el expediente con detenimiento”.

(15) Analizó genéricamente varias atestaciones (como las de JOSÉ VALLEJO, DIEGO y su novia, ISBEYRE PAOLA VARGAS, CINDY MARCELA HERNÁNDEZ alias “la moco” Y MARÍA FERNANDA MILLÁN OLAYA); para concluir que “por todo lo brevemente dicho en materia probatoria, es por lo que sostengo que no hay nada con que condenar y eso porque la declaración inicial de hurvito (sic) no existe”.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, después de realizar un resumen de los hechos, de la actuación procesal y una parca sinopsis de la demanda, solicitó no casar la sentencia recurrida.

La Delegada considera, como lo dijo el actor, que la atestación de DIEGO ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ, es nula de pleno derecho, por cuando los investigadores del C.T.I., carecían de competencia para realizarla y no se comisionó a funcionario alguno para su práctica.

Observó también la Procuraduría, “que dicho testimonio no constituye el fundamento de los fallos de condena, ya que fue el restante material probatorio el que determinó atribuir a MONTEALEGRE GUTIERREZ (sic), de manera certera, la materialidad, autoría y responsabilidad de los hechos investigados”.

La Fiscalía determinó que ABRAHAM ULTEGO PAJOY, DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, entre otros, fueron quienes entraron a las tiendas a hurtar la mercancía; además, todos se conocían, se estableció dónde vivían y se identificó a las personas que estaban vendiendo la ropa objeto del ilícito en los barrios Bello Horizonte y Santa Rita de Ibagué.

La testigo ISBEYRE PAOLA VALLEJO VARGAS, menor que cohabitaba para la época de los acontecimientos con MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, declaró sobre la participación de él en los delitos y el Juez Colegiado puntualizó sobre el particular: “su compañero sentimental tenía en su poder varias prendas de vestir con marquillas idénticas a las que fueron hurtadas, y que un hermano de él le ayudó a vender el mismo tipo de prendas en el municipio de Campoalegre”; el mismo procesado reconoció que estuvo en el citado municipio, con otras personas.

Con todo el acontecer indiciario, la Procuraduría, estimó que las instancias estructuraron adecuadamente la responsabilidad en cabeza de MONTEALEGRE GUTIÉRREZ: (a) al comprobarse que el condenado recurrente, “conocía con suficiencia la manera como se desarrollaron los hechos”, como lo informó su compañera sentimental, (b) también se constató “que poseía ropa de la misma marca de la hurtada... pues a ella le obsequió prendas que tenían las mismas marquillas”.

Por ende, el testimonio de la menor ISBEYRE, confirma “un sinnúmero de detalles que apuntalados con los otros elementos de convicción aducidos al expediente, conducen a sustentar la responsabilidad del procesado en el caso bajo estudio”.

Finalmente, adujo la Delegada, que las personas que consuman esta clase de delitos “tienden a negar su participación, pero entregan detalles a su grupo familiar, como en este caso a su compañera sentimental, sobre las circunstancias en que se causó la muerte al celador, la hora y el tipo de arma utilizada”. Por tanto, la prueba

indiciaria demostró en grado de certeza la responsabilidad penal del hoy condenado, en esas condiciones, el error alegado es intrascendente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico planteado:

El actor, bajo una gama de argumentos indiscriminados, atacó la primera declaración jurada de DIEGO ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ, recibida por empleados adscritos al CTI., porque no tenían funciones ni habían sido comisionados para el efecto; en ese sentido se incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad. En esa línea de motivación, se opuso, así mismo, a todas las pruebas recopiladas por las instancias, hasta el punto de sostener que su prohijado era inocente, al no existir medio probatorio alguno que demostrara su responsabilidad, por ello, solicitó la aplicación del indubio pro reo.

2. La Sala comprobará si de verdad se conculcó la Ley sustancial por vía indirecta, con el yerro denunciado.

1. Aspectos genéricos:

(a) El 1 de diciembre de 2002, DIEGO ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ, alias “huevo”, declaró ante JHON FREDY MARTÍNEZ BOCANEGRA y AUGUSTO SÁNCHEZ TREJOS, funcionarios del C.T.I., allí informó:

(i) Que VÍCTOR lo convidó para hurtar la ropa y él no aceptó porque su mamá estaba muy brava.

(ii) Que un día antes de los hechos, por la noche se encontró con ABRAHAM y VÍCTOR, quienes le insistieron y explicaron al detalle como era el trabajo: “me dijeron que

íbamos a ir NELSON ALIAS CALAVERA, VICTOR el sobrino de ABRAHAN (sic), DIEGO ANDRES MONTEALEGRE ALIAS CHICCHE BOJE, MARCELA ALIAS LA MOCO, PAOLA hermana de MARCELA LA MOCO, RICHARD”. Además, narró todos los pormenores en los que debía consumarse los hechos: el día, hora, labores acordadas para cada uno, armas, el modo de sorprender, aislar, incomunicar y atacar al vigilante, los lugares o sitios donde trasladarían la mercancía y lo concerniente a las amenazas si llegaba a decir algo.

(iii) Al otro día, el testigo se encontró con RICHARD y le dijo “huevo coronamos”, llevándolo a la casa para mostrarle la ropa hurtada, misma que él le ayudó a vender.

(iv) Respecto de las armas anotó que CHICCHE BOJE, compró el revolver antes de cegarle la vida al celador en “\$ 40.000 pesos y después de la muerte del viejito DIEGO la vendió a un man del centro porque ellos estaban desesperados en vender esa arma porque estaba muy caliente”.

(b) La Fiscal Delegada ante el Tribunal de Ibagué, advirtió: “el referido testimonio debe ser excluido del análisis probatorio, ya que fue incorporado al proceso contrariando las reglas determinadas por la ley para su práctica y aducción”. Luego, precisó que el hecho de ser esa prueba ilegal, “no obsta para que con fundamento en el resto del haz probatorio se sostenga la resolución de acusación recurrida”; por tal motivo, el 23 de abril de 2003, confirmó la imputación.

(c) El 2 de enero de 2003, nuevamente declaró DIEGO ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ, pero esta vez, ante la Fiscalía 40 Seccional de Ibagué, en presencia de los defensores de los acusados. Medio probatorio que descartó también el libelista, aduciendo su inexistencia, por cuanto el testigo se retractó de lo narrado en la diligencia anterior, al haber sido objeto de presión por parte de los funcionarios del C.T.I., y, por tanto, adujo que había inventado algunas cosas.

Las instancias, al valorar el aludido testimonio concluyeron que lo narrado por el

declarante resulta determinante sobre la participación activa de los coprocesados, al manifestar detalles propios de la empresa criminal urdida para hurtar las Tiendas Pop, “sin que por ende, pueda aducirse, que aquellas revelaciones son el resultado de invenciones suyas o de artificios, fruto de las presiones indebidas o de las torturas psicológicas a que se le hubiera sometido por parte de los investigadores del C.T.I., para que delatara a los culpables, como lo adujo posteriormente, aspecto este que no fue puesto de presente por el testigo en su relato inicial, como debió haberlo revelado en el evento de que hubiese sido cierto”.

Y, sobre la valoración de esa segunda declaración el Juez Plural, sostuvo: “para la Sala es claro que con la declaración que rindiera con posterioridad dicho testigo, esa primera declaración fue ratificada o reproducida en lo sustancial, conclusión a la que se arriba al apreciarse que en tal ocasión se le interrogó si el contenido de su primera versión es real, a lo cual respondió: “Sí esa es mi firma y yo dije cosas de las que hay ahí”.

2. Prueba inculpativa:

Como tales se tuvieron en cuenta: una parte de la declaración de oídas de la novia del penado MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, misma corroborada por él; otro segmento de esa diligencia se identificó con los hechos denunciados por la menor, al aseverar que su novio tenía algunas prendas de vestir con marquillas iguales a las hurtadas; así mismo, se refirió al hermano de él, al estar vendiendo los dos, algunos otros elementos objeto del punible, en el Municipio de Campoalegre (Huila).

En lo atinente a la segunda declaración del testigo DIEGO ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ, alias “huevo”, el Tribunal entendió que, así hubiera tratado de arrepentirse de lo expresado, la retractación no tenía sustentó procesal, por cuanto reconoció en la nueva versión, que lo afirmado en la anterior diligencia, si lo había

manifestado él. Inclusive, los restantes medios probatorios, generan una convergencia dominante en punto de la responsabilidad penal en los hechos ilícitos.

3. Aspectos específicos:

Los fallos promovidos por las instancias, si no se repelen, chocan o enfrentan, constituyen un cuerpo jurídico-probatorio inquebrantable, cuya hermenéutica no puede ser derrumbada por conjeturas, hipótesis o suposiciones de las partes en el contexto de la demanda, por virtud de la presunción de acierto y legalidad que los acopla.

En este orden, la censura es insustancial, al obrar en el plexo probatorio otros medios que comprometen seriamente la responsabilidad penal de MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, en los actos ilícitos.

La Sala viene anunciando que el error de derecho en la modalidad de falso juicio de legalidad, se refiere al proceso de formación de la prueba, unido a la normatividad que la regula, produce e incorpora a la actuación. Es por ello, que el vicio en estudio, gravita en torno a la validez o existencia jurídica -más no material- del medio probatorio; existiendo dos alternativas de ataque: (i) un aspecto positivo, cuando los falladores le otorgan validez jurídica a una prueba, sin cumplir las exigencias formales de producción y (ii) un aspecto negativo, al restarle cualquier eficacia normativa al medio que en realidad cumple todas las formalidades.

Un ataque de tal naturaleza, propuesto contra la primera declaración jurada que rindió el testigo DIEGO ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ, es insustancial y efímero, justamente, por los mismos argumentos traídos por el libelista: ninguna autoridad le imprimió valor jurídico a esa diligencia practicada por funcionarios del CTI., todo lo contrario, fue rechazada al unísono por las instancias.

No sucedió igual con la segunda declaración de GARCÍA JIMÉNEZ, en donde los falladores al

analizarla, refutaron tanto la retractación como las supuestas invenciones que realizó el testigo, al no corresponder con el devenir procesal. La Corte resalta que el testigo en la nueva diligencia ratificó los hechos jurídicamente relevantes, expuestos en la anterior, lo cual no la hace ilegal, si el nuevo acto procesal –que no depende del otro, como lo entiende el libelista- cumplió con las formalidades de ley, tal y como aconteció aquí.

La Sala subraya, por ejemplo, la respuesta brindada por el deponente, ante el Fiscal de conocimiento: “yo me inventé todo eso. Unas cosas de esas si son verdad. A mi RICHARD me dijo que habían matado al celador”. Y, cuando negó todo en punto a los responsables de los delitos, acto seguido indicó sobre la declaración que le recibieron funcionarios del C.T.I.: “a mi me la mostró DEISY... yo tampoco quería que supieran en el barrio lo que yo dije. Ella antes de traerla me dijo que la iba a llevar para mostrármela y me la mostró, porque yo a ella me le había negado de que yo no había dicho nada. Informó además que cuando su señora madre leyó la declaración se puso a llorar “por lo que yo dije... ayer que la mujer de ABRAHAM estuvo en la casa hablando con mi mamá de lo que yo había dicho, ella también vio la declaración, es que esa declaración la mostraron por todo el barrio”; réplica dada a uno de los abogados defensores de los hoy penados.

Como puede verse, el testigo manifestó en la segunda declaración, que parte de lo allí expuesto fue inventado por él; así se lo manifestó al Fiscal del caso, ante la irrefutable realidad de quedar al descubierto con todas las personas de su comunidad, pues el haber delatado a sus amigos y el dolor de su mamá, lo puso a la defensiva contra la incontrovertible verdad revelada frente a los funcionarios del CTI.; pero en esencia su arrepentimiento no se produjo a causa de haber sido coaccionado por la autoridad –circunstancia indemostrada-, menos aún cuando manifestó que todo se lo inventó en su relato anterior; sino porque sintió miedo al saber que todo el barrio –junto con los familiares de los procesados- tenían una copia de la declaración rendida ante el C.T.I., la cual había signado, precisamente, él.

La anterior conclusión, no llega de la nada, sino ante la pregunta de la defensora de ULTENGO PAJOY, develando el motivo esencial de su retractación: todo el barrio tenía conocimiento de lo que declaró, en especial, cómo se concretó la empresa criminal, quienes la componían, qué armas portaban, cuál día se llevaría a cabo, dónde consiguieron algunas armas, cómo y quien se las vendió y los motivos por los cuales el testigo DIEGO ALEXANDER GARCÍA JIMÉNEZ no quiso participar: “su mamá estaba brava”, y “ella se puso a llorar por lo que yo dije” en la primera declaración; éstas son las verdaderas razones que generaron su retractación, pero sin ningún resultado, tal como se vio, bajo el rasero de los principios de la sana crítica.

En igual forma, el declarante aceptó varios acontecimientos antijurídicos como ciertos (homicidio del celador), identificó algunos infractores de la Ley penal (Richard) y excluyó a los demás, pero olvidó que Richard hacía parte del grupo, como lo indicó en la primera declaración cuando el testigo se encontró con él y le dijo “huevo coronamos”, llevándolo a la casa para mostrarle la ropa hurtada, misma que él le ayudó a vender.

En consecuencia, lo narrado por el declarante GARCÍA JIMÉNEZ, fue valorado por el Juez Colegiado, “bajo los principios de la sana crítica que orientan la estimación legal de las pruebas, tales como la lógica y la experiencia, entre otros, llevan al convencimiento racional por parte del juzgador, de que contiene la verdad de lo ocurrido, percibido y declarado por aquella fuente en forma espontánea”. La prueba, entonces, se produjo con toda la potencialidad jurídica para irrogarle al penado la responsabilidad penal imputada por los delitos aludidos; descartando cualquier retractación e invención de los hechos, sin que el actor hubiera atacado los otros medios incriminatorios, con lo cual su demanda se torna insustancial.

Así se puede corroborar en el fallo de segundo nivel: “desde luego que el hecho de haberse retractado el testigo en su segunda declaración, no conduce necesariamente a

desechar a priori, su primigenia versión, como de manera infundada lo reclaman los impugnantes, ya que si la misma, valorada bajo los principios de la sana crítica que orientan la estimación legal de las pruebas, tales como la lógica y la experiencia, entre otros, llevan al convencimiento racional por parte del juzgador, de que contiene la verdad de lo ocurrido, percibido y declarado por aquella fuente en forma espontánea”.

Repárese en lo afirmado por el Juez sobre el particular: “tal y como se presenta el testimonio vertido por GARCÍA JIMÉNEZ ante la Fiscalía, este se constituye en una ratificación...tan cierto es lo narrado por el joven García Jiménez que así lo admite Diego Andrés Montealegre en su ampliación de indagatoria, cuando lo señala como un partícipe más del crimen, pero que en el camino desistió de continuar con su propósito, de suerte, que el testigo conocía de manera directa lo que expuso en su declaración”.

Por tales motivos, la Sala constató la legalidad del proceso, sin que se hubiese vulnerado la Ley sustancial por vía indirecta en sentido de falso juicio de legalidad, error de derecho; en consecuencia, se desestimaré la censura, por ser intrascendente la violación denunciada, toda vez que, no es el yerro en sí mismo considerado donde radica el éxito casacional, sino en la incidencia del mismo con el resto del plexo probatorio.

Finalmente, cuando el actor se refiere a los diversos medios probatorios, para concatenar su ataque, realiza una crítica subjetiva donde avasallan las conjeturas e hipótesis, pretendiendo imponer su criterio por encima del expresado por los falladores, por ejemplo, al aducir que su prohijado no era responsable porque la “ropa la vendió y la compró mucha gente. A mi cliente nadie lo vio en esas, por lo menos eso es lo que yo puedo decir después de leer el expediente con detenimiento”, en contra de lo acreditado en instancias; con lo cual, se hace imposible derrumbar la presunción de acierto y legalidad que viene unida a los fallos de instancia.

Por tanto, se desestimaré el cargo propuesto.

C A S A C I Ó N O F I C I O S A

Se hará en dos sentidos: (i) por garantía al principio de legalidad de las penas: principal (favor rei) y accesoria, (ii) al haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal del punible de tráfico, fabricación y porte de armas de fuego o municiones, por el que también fueron condenados.

1. Punibilidad adoptada por los juzgadores:

Para un entendimiento puntual de los derechos constitucionales vulnerados a los procesados DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ABRAHAM ULTENGO PAJOY (no recurrente), en virtud de la tasación de las penas, es oportuno transcribir apartes del fallo expedido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué, del 31 de mayo de 2004, proveído confirmado “integralmente” por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

“Bajo los criterios fijados por los artículos 60 y 61 del Código Penal para dosificar la pena, atendiendo las circunstancias que rodearon la conducta, las cuales denotan en los procesados una personalidad proclive al delito, la naturaleza de los hechos obviamente generan zozobra, angustia en cualquier lugar del territorio, y por ende, no permiten partir del mínimo de la sanción establecida en la norma transgredida. (...)

“Para el caso en examen, significa que el delito con pena señalada de mayor gravedad individualmente es el Homicidio Agravado... Establecidos sus mínimos y máximos en 25 y 40 años, el ámbito punitivo de movilidad es de 15 años, dividido en cuartos, arroja como resultado un cuarto mínimo que oscila entre 25 y 28 años y nueve meses, un

primer cuarto medio que oscila entre 28 años, nueve meses y 32 años 6 meses; un segundo cuarto medio que va de 32 años 6 meses a 36 años, tres meses y un cuarto máximo que va de 36 años tres meses a 40 años.

“En este orden de cosas, teniendo en cuenta los aspectos basilares que rigen el concurso de conductas punibles en cuanto a la penalidad que merecen, como el permitir la dosificación específica de la pena correspondiente para el concurso, sin que desborde el límite máximo previsto en la ley para cada clase de pena, es decir, 40 años siendo prisión, o ese hasta en otro tanto si resultare menor, pero ante la ausencia de circunstancias de menor punibilidad de las consagradas en los artículos 55 y 59 del Código Penal, la pena a imponer está ubicada en el cuarto medio, esto es, VEINTIOCHO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN.

“Se aplicará como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción principal”. (Subrayado fuera de texto).

2. Precisiones dosimétricas de la Corte:

En consecuencia, correspondería en principio realizar la redosificación punitiva derivada de la declaratoria de prescripción de la acción penal en el punible de tráfico, fabricación y porte de armas de fuego o municiones, sin embargo, en el acápite sobre punibilidad plasmado en la sentencia de primera instancia se advierte una vulneración ostensible al principio de legalidad de la pena, que impide descontar el guarismo equivalente al delito referido, por cuanto los falladores omitieron tasar los montos punitivos para las conductas punibles concursantes.

Además subsisten otros yerros de igual magnitud, los cuales deben ser reparados por la Sala de manera inmediata a fin de garantizarle a los condenados la debida legalidad de la pena.

En efecto, aunque el juzgador primario estableció entre los punibles sometidos a concurso el de mayor pena (homicidio agravado) y dividió el ámbito punitivo de movilidad para este delito en cuartos, se equivocó al escoger el cuarto en el que podía fijar la sanción correspondiente, a pesar de haber reconocido expresamente “la ausencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad de las consagradas en los artículos 55 y 58 del Código Penal”; lo que al tenor del precepto 61, inciso 2, indicaría la tasación de la pena dentro del cuarto mínimo, y él seleccionó “el cuarto medio”, imponiendo una pena de 28 años 9 meses de prisión.

Indiscutiblemente, el error advertido, comporta una clara trasgresión del postulado de legalidad de la pena, por cuanto el poder punitivo del Estado se ve burlado, al no haberle aplicado a los procesados DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ABRAHAM ULTENGO PAJOY (no recurrente), una pena mayor de prisión, la cual en derecho debía de corresponderle a cada uno; sin embargo, el postulado de legalidad de la pena enfrentado al de no reforma en peor, atendiendo criterio mayoritario de la Sala, prevalece sobre el primero.

Ahora bien, a fin de restablecer el principio conculcado, la Corte debe ubicar la pena en el cuarto mínimo que oscila entre 25 y 28 años 9 meses; como el juzgador le impuso la sanción mínima del segundo cuarto, correspondería asignar de manera equivalente la pena mínima del primer cuarto, esto es, 25 años. No obstante, la Sala se enfrenta a una premisa contradictoria, toda vez que en el fallo del Juez inicialmente se afirmó que no era posible partir del mínimo de la sanción establecida en la norma trasgredida, pero a renglón seguido dispuso la imposición de la pena mínima del segundo cuarto.

Para resolver el dilema planteado, la Corte estima procedente aplicar el principio de favor rei², concibiéndose por tal, cuando los derechos individuales del procesado se enfrentan con los intereses generales del Estado, predominando, en esas circunstancias, los del primero; en ese orden, se impondrá la pena de prisión más benigna, la cual es 25

años de prisión.

Así mismo, les aplicó, como sanción “accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción principal”; por tal motivo, entra la Sala también a subsanar el yerro de manera oficiosa y en forma inmediata, en defensa y garantía de los derechos fundamentales que le asisten a los condenados, con base en los artículo 44 y 51 de la Ley 599 de 2000, toda vez que la duración de la pena accesoria no puede ser mayor de 20 años, por mandato expreso de la normatividad sustancial citada

Se observa, en el mismo sentido, que el vocablo técnico-jurídico de “interdicción”, propio de vetustas legislaciones como la ley 100 de 1980, consagrado en el artículo 52, fue modificado por el de “inhabilitación” de la Ley 599 de 2000.

3. Conclusiones:

Como puede apreciarse, son varios y ostensibles los yerros perpetrados por los falladores al momento de tasar las penas: (i) desconocieron el sistema de realizar la ecuación aritmética en lo atinente a los concursos de conductas punibles, a pesar de citar jurisprudencia y parodiar conceptos ligeros sobre el mismo tema; por ende, los funcionarios se ausentaron del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, siendo imprescindible e imperativa su aplicación; (ii) no realizaron la dosificación de los punibles de hurto (agravado y calificado) y el de tráfico, fabricación y porte de armas de fuego o municiones, (iii) si hay ausencia de circunstancias de menor punibilidad no se deberá ubicar el juzgador en el cuarto medio, sino en el primero, así se desprende de lo consagrado en el artículo 613, inciso 2° de la citada Ley 599 de 2000; (iv) en lo atinente a la pena accesoria, desbordó lo previsto en el artículo 51 de la misma Ley sustancial.

4. Prescripción:

La Sala declarará la extinción de la acción penal por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, en relación con el punible de porte ilegal de armas de fuego por el que fueron sentenciados MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ULTENGO PAJOY.

Los actos ilícitos sucedieron en vigencia de la Ley 599 de 2000, pues bajo su vigencia se consumaron los punibles imputados: (i) homicidio (103), agravado (104), que tiene establecida una pena de prisión mayor a veinte años; (ii) el hurto (239) calificado (240.1) y agravado (241.10) que supera los diez (10) años y (iii) fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (365), de 1 a 4 años.

El artículo 86 de la Ley 599 de 2000, determina que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente, ejecutoriada se reinicia el conteo de un nuevo término que será igual al consagrado en el precepto 83, sin que pueda ser menor a cinco (5) ni superior a diez (10) años.

Por tanto, el término prescriptivo de la acción penal, en punto a la ejecutoria de la resolución de acusación, se entiende en dos sentidos: i) si se trata de un servidor público debe contabilizarse, como lo viene explicando la jurisprudencia⁴ de esta Sala, en seis (6) años y ocho (8) meses, ii) por el contrario, si es un particular, el lapso tiene un límite de cinco (5) años.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley 2700 de 1991, modificado por el 187 de la Ley 600 de 2000, que disciplina lo concerniente a la ejecutoria de las providencias de segunda instancia, al enseñar que “quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente”; se tiene, entonces, que la resolución de acusación expedida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Ibagué, quedó ejecutoriada el día de su expedición, esto es, el 23 de abril de 2003, lo que indica que se interrumpió el ciclo prescriptivo; iniciando un nuevo conteo

equivalente a la mitad del señalado en el artículo 83, el que no puede ser menor de seis (6) años ocho (8) meses, en relación a servidores públicos y será hasta cinco (5) años, para los particulares, con base en lo dispuesto en el aludido artículo 86, numeral 2.

Por tanto, a DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ABRAHAM ULTENGO PAJOY (no recurrente), como particulares les operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción en cinco (5) años.

El 23 de abril de 2008, fecha en la que operó el fenómeno jurídico de prescripción de la acción penal, el proceso no había llegado a la Sala para dictar la sentencia correspondiente, pues se encontraba en el tiempo de traslado a la Procuraduría Primera Delegada para la Casación Penal, Despacho donde se venció el término aludido: se envió el expediente para concepto a la Delegada el 27 de noviembre de 2006 y fue entregado –según constancia de la secretaría de la Sala- el 1 de julio de 2008; motivo por el cual, el Estado Colombiano como titular de la acción pública, perdió la potestad, desde ese momento, para investigar, perseguir y sancionar a los infractores de la ley penal, toda vez que el fallo condenatorio de segundo nivel, a la fecha, aún no ha cobrado ejecutoria.

En consecuencia, atendiendo lo preceptuado en los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal, se declarará la extinción de la acción penal por el delito de tráfico, fabricación y porte de armas de fuego o municiones, en los términos señalados; decretándose así mismo, la cesación de todo procedimiento a favor de los sentenciados DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ABRAHAM ULTENGO PAJOY (no recurrente).

En este orden, se declarará la prescripción de la acción penal, sin redosificar pena por ese específico fenómeno jurídico, toda vez que, las instancias olvidaron adicionarle al homicidio agravado los delitos concursantes, uno de los cuales se encuentra

prescrito.

En todo lo demás, la sentencia impugnada conserva su integridad.

Con fundamento en 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,

R E S U E L V E

Primero: Desestimar la demanda de casación presentada a nombre de DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ, por las razones aducidas en la parte motiva del presente proveído.

Segundo: Casar oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado de fecha 4 de agosto de 2005; en consecuencia, se les impone a DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ABRAHAM ULTENGO PAJOY (no recurrente), la pena principal de veinticinco (25) años de prisión para cada uno y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, tal y como se puntualizó en la parte pertinente de este proveído.

Tercero: Declarar extinguida la acción penal por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, mediante la cual se condenó a DIEGO ANDRÉS MONTEALEGRE GUTIÉRREZ y ABRAHAM ULTENGO PAJOY, por las razones puntualizadas en la parte motiva de este proveído.

Cuarto: Decrétase, en consecuencia, la cesación de procedimiento a favor de los procesados.

Quinto: Ofíciase a los organismos de seguridad del Estado, con el fin de comunicarles lo aquí decidido.

Sexto: Contra las determinaciones adoptadas no procede recurso alguno.

Séptimo: En todo lo demás la sentencia impugnada permanece incólume.

Octavo: Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

Excusa Justificada

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Las instancias también condenaron a las mismas penas (principal y accesoria) a ABRAHAM ULTENGO PAJOY, quien no impugnó en casación.

2 En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, radicado 32.496 del 9 de febrero de

2006.

3 “El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan ni atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios, cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva”.

4 Corte Suprema de Justicia, Radicación 25.767 (20-09-06); 25.149 (5-10-06); 20.673 (1-9-04).