

Proceso No 28998

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado acta N° 028.

Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Se ocupa la Sala de examinar lo relacionado con la admisibilidad de la demanda de casación interpuesta por el defensor de JHON ALBEIRO ORTEGA BOLÍVAR contra la sentencia del 17 de julio de 2007, mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho (Cundinamarca) lo condenó, junto a Héctor Fabio Morales Castañeda, a la penas principales de 105 meses de prisión y 430 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término fijado para la sanción principal de prisión, por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego.

HECHOS

El 8 de junio de 2007 tres individuos provistos de armas de fuego interceptaron el camión de placas SNH 023 cuando se desplazaba por la vía que va de la población de Pacho a la ciudad de Bogotá, procediendo a someter a su conductor, señor Carlos Eduardo Mahecha Alvarado, a quien desplazaron del volante, siendo luego despojado de dinero

en efectivo y un aparato celular. Tras recorrer algunos metros, uno de los asaltantes obligó al afectado a internarse en la maleza, donde pasados varios minutos lo dejó abandonado. Gracias a la intervención oportuna de las autoridades se logró la recuperación del camión, así como la captura de JHON ALBEIRO ORTEGA BOLÍVAR y Héctor Fabio Morales Castañeda, a quienes la víctima reconoció como dos de sus agresores.

## ACTUACIÓN PROCESAL

1. Noticiado el caso a la autoridad judicial, el Juzgado Promiscuo Municipal de Pacho, con funciones de control de garantías, a solicitud de la fiscalía, realizó el 9 de junio de 2007 audiencias preliminares, en cuyo desarrollo legalizó las capturas de los procesados, contra quienes, además, el funcionario instructor formuló imputación por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, por razón de los cuales el juez les profirió medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El 17 de julio del citado año, el ente acusador presentó al juzgado acta de preacuerdo, en la cual los procesados admitieron también responsabilidad en el delito de porte ilegal de armas.
3. Con base en dicha acta y en el allanamiento efectuado por los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, el mismo día 17 de julio de 2007, celebró audiencia de acusación y fallo. De esa manera, tras verificar que la aceptación de responsabilidad fue voluntaria y espontánea, condenó a ORTEGA BOLÍVAR y Morales Castañeda, a las penas ya reseñadas. En la misma decisión les negó los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.
4. Contra el fallo de primer grado interpusieron el recurso de apelación tanto la fiscalía como el defensor de los acusados.

5. Remitida la actuación al Tribunal Superior de Cundinamarca, el 28 de agosto de 2007 se realizó la respectiva audiencia de sustentación, durante la cual los recurrentes concretaron su inconformidad a lo relacionado con la decisión del juzgado, plasmada en la sentencia, de ordenar el comiso de un vehículo automotor, por haber sido utilizado en la comisión de los punibles.

6. El 10 de septiembre siguiente la mencionada Colegiatura profirió el fallo de segunda instancia, limitando el pronunciamiento al aspecto objeto de impugnación.

#### LA DEMANDA

El defensor de JHON ALBEIRO ORTEGA BOLÍVAR formula dos cargos, ambos por violación indirecta de la ley sustancial.

Del confuso y lánguido sustento expuesto en la demanda, la Sala extracta que el actor, en los dos reproches, denuncia la incursión en errores de hecho y de derecho, por cuanto el juzgador no reconoció al procesado la diminuyente prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuya aplicación ocurre cuando el secuestrado es dejado en libertad voluntariamente dentro de los quince (15) días siguientes al secuestro, negativa que le impidió hacerse acreedor al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o, subsidiariamente, a la prisión domiciliaria.

#### PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Constituye presupuesto para acceder al recurso extraordinario de casación, según lo tiene previsto el artículo 182 de la Ley 906 de 2004, la existencia de interés jurídico, de tal manera que, como lo establece el artículo 184 ibídem, su ausencia conduce a la irremediable inadmisión de la demanda.

La jurisprudencia de la Sala tiene dicho que una de las formas mediante las

cuales se satisface ese interés es la presencia de unidad temática entre lo argumentado en la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia y lo planteado en la impugnación extraordinaria. En efecto:

“Bajo el concepto de “unidad temática”, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que al sujeto procesal que muestra su inconformidad con la sentencia del Tribunal le asiste interés jurídico, esto es, se encuentra legitimado en la causa por la que aboga, siempre y cuando el tema propuesto en sede de casación haya sido planteado, para su corrección, a través del recurso de apelación, lógicamente respecto del fallo de primer grado.

La regla tiene excepciones, porque si el agravio para la parte nace de la sentencia del Ad quem, o si la postulación apunta a la nulidad del trámite, o si en la primera instancia se imposibilitó el ejercicio del derecho de impugnación, no se puede imponer esa carga porque, en tales supuestos, surge incontrastable que la única vía habilitada para lograr el restablecimiento del derecho es la de la casación”<sup>1</sup>.

En el presente caso, surge evidente la ausencia de interés jurídico del demandante, pues al sustentar la apelación circunscribió el motivo del disenso a la decisión del a quo de ordenar el comiso de un vehículo automotor, guardando absoluto silencio en torno al no reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 171 del Código Penal y a la no concesión de los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, aspectos que motivan el sustento el recurso de casación.

Como, según lo visto, no existe identidad temática entre lo sustentado en la apelación y los tópicos que comprenden el fundamento de la impugnación extraordinaria, la Sala inadmitirá, por ausencia de interés, la demanda instaurada por el defensor de JHON ALBEIRO ORTEGA BOLÍVAR, teniendo en cuenta, además, que no se presenta en

este caso ninguna de las excepciones al principio de unidad temática reconocidas por la jurisprudencia de la Sala, pues ni el posible agravio nació en la sentencia de segunda instancia, ni la postulación se encamina a obtener la nulidad del trámite, ni al casacionista se le imposibilitó el ejercicio del derecho de impugnación.

No obstante lo anterior, la Corte observa la eventual vulneración de garantías fundamentales de los procesados, de una parte, al no reconocérseles la atenuante consagrada en el artículo 171 del Código Penal, cuando de los autos se desprende su posible concurrencia en este caso; y, de la otra, por efectuarse incremento a la multa en virtud del concurso, pese a que esa sanción solamente está prevista para el delito de secuestro simple, no así para los ilícitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, por razón de los cuales también se profirió la condena.

Dado que, como se ha expuesto en pretéritas decisiones, la Corte está facultada para intervenir ante el quebranto de garantías fundamentales, en orden a hacer efectivo el derecho material, aun en los casos de ausencia de interés jurídico,<sup>2</sup> se ordenará que una vez cobre ejecutoria la presente determinación y se resuelva, en el evento de interponerse, lo relacionado con el mecanismo de insistencia, vuelva el proceso al Despacho de la Magistrada ponente, para de oficio proferir la Sala, en su momento, el pronunciamiento de rigor.

Conforme lo tiene también precisado la Corte<sup>3</sup>, no se dispondrá la celebración de la audiencia de sustentación prevista en el artículo 185 del estatuto procesal penal, por cuanto su procedencia está circunscrita a los casos de admisión del libelo.

Cuestión final.

Habida cuenta que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación presentada por la defensa procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, impera precisar que, como dicha legislación no

regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación<sup>4</sup>, como sigue:

i) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida inadmitir la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal – siempre que el recurso de casación no hubiera sido interpuesto por un Procurador Judicial –, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la providencia inadmisoria.

ii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

iii) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

iv) El auto a través del cual se inadmite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

## RESUELVE

1.- INADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de JHON ALBEIRO ORTEGA BOLÍVAR.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 y, en los términos referidos en el acápite final de esta determinación, contra la misma procede la insistencia.

2.- Ejecutoriada la presente decisión y resuelto, en caso de interponerse, el recurso de insistencia, volverá el proceso al Despacho de la Magistrada ponente, a fin de que la Sala provea de manera oficiosa acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales, conforme lo expresado en esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS QUINTERO  
MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Permiso

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Rad. 23638.

2 En ese sentido, sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicación 25565 y auto del 20 de noviembre de 2007, radicación 28432.

3 Auto de fecha agosto 23 de 2007. Rad. 28059.

4 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.