

Proceso No 30252

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 248

Bogotá, D.C., septiembre dos (02) de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Resuelve la Corporación sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JHON JAIRO OLIVARES VÁSQUEZ contra el fallo dictado el 29 de enero de 2008 por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla que intervino por descongestión, mediante el cual se confirmó el proferido el 8 de julio de 2005 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, por cuyo medio fue condenado como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, siendo víctima Harry Sierra Agamez.

HECHOS

A eso de las cinco de la tarde del 3 de junio de 1999, Harry Sierra Agamez se encontraba jugando fútbol en la cancha aledaña al colegio La Salle de la ciudad de Cartagena, a la cual arribó JHON JAIRO OLIVARES VÁSQUEZ, quien una vez lo increpó, le

propinó tres disparos con arma de fuego que determinaron su muerte antes de llegar al centro asistencial donde fue trasladado.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la información, la Fiscalía Treinta y Cuatro Seccional de Cartagena dispuso la apertura de la instrucción y la vinculación, mediante indagatoria, de JHON JAIRO OLIVARES VÁSQUEZ, quien fue declarado persona ausente con la pertinente designación de un defensor de oficio.

La situación jurídica de OLIVARES VÁSQUEZ fue resuelta por la Fiscalía Sexta Seccional de la misma ciudad con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por el delito de homicidio simple, disponiendo la captura; luego, cumplido el ciclo de pruebas decretó el cierre de la investigación.

Posteriormente, el 5 de septiembre de 2003¹ se calificó el sumario con resolución de acusación en contra del procesado OLIVARES VÁSQUEZ por la infracción que sustentó la medida de aseguramiento, quien luego de aprehendido se notificó personalmente de esa determinación y nombró un defensor de confianza.

La etapa de la causa correspondió adelantarla al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena donde, evacuada la audiencia preparatoria y agotada, en parte, la vista pública, se admitió la demanda de constitución de parte civil, después de lo cual se designó un defensor público al procesado en reemplazo de quien venía actuando.

Concluido el debate oral, el Juzgado del Circuito, el 8 de julio de 2005, condenó a JHON JAIRO OLIVARES VÁSQUEZ a la pena principal de ciento setenta y cinco (175) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por “término igual”, al hallarlo autor penalmente responsable de la conducta punible imputada en la acusación.

Igualmente, le impuso la obligación de pagar, por concepto de perjuicios morales, suma equivalente a “doscientos (200) salarios mínimo legal mensual” (sic), negándole, a su vez, la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Finalmente, se dispuso la compulsión de copias para investigar el delito de porte ilegal de armas.

Apelado el fallo por el defensor, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, actuando como tribunal de descongestión², con proveído del 29 de enero de 2008, lo confirmó en su totalidad. Contra esta decisión el mismo impugnante interpuso recurso de casación, presentando en tiempo el respectivo libelo.

LA DEMANDA

Cargo único: Violación del derecho de defensa

Al amparo de la causal tercera, el apoderado del inculcado alega haberse dictado el fallo en un juicio viciado de nulidad, por cuanto le fue desconocido el derecho de defensa al inculcado. Por ello, estima vulnerado el contenido de los artículos 29 de la Constitución Política, 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º —numeral 1º— de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Expresa que una vez el procesado fue declarado persona ausente, se le designó un defensor de oficio, quien no se notificó personalmente de la resolución de situación jurídica ni hizo uso de los recursos ordinarios. Además, a pesar de comunicársele el cierre de la investigación, no lo cuestionó, no obstante que frente a él procede el recurso de reposición e, incluso, tampoco presentó alegatos de conclusión.

Aduce que proferida la resolución acusatoria, fue tal la falta de defensa que de esa decisión no se notificó personalmente el abogado del procesado, ocurriendo lo propio respecto del nuevo apoderado judicial designado por aquél, quien sólo pidió la expedición

de copias.

Igualmente, refiere que durante el traslado previsto en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal el defensor se abstuvo de solicitar pruebas e invocar nulidades; tampoco compareció en la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia pública.

Sostiene que por esta causa el citado profesional del derecho fue relevado por otro togado quien, como su antecesor, dejó de asistir a la diligencia del debate oral. Luego, un defensor designado por el procesado procedió a pedir el aplazamiento de la audiencia pública la cual se inició tras dos intentos fallidos.

En relación con la trascendencia del cargo, señala que “el procesado, desde el momento en que es vinculado como persona ausente y se le nombra defensor de oficio, hasta antes de iniciarse la audiencia pública, no contó con una defensa técnica idónea, no fue representado debidamente por los defensores que, aunque formal, materialmente no estuvieron en la actuaciones”.

Finalmente, luego de recordar criterio de autoridad para apoyar la postura expuesta, solicita casar el fallo y decretar la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación. Así mismo, deprecia la libertad del procesado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Si bien cuando se trata de proponer censuras encaminadas a obtener la nulidad de la actuación la Corporación ha sido flexible frente a los requisitos de lógica y adecuada argumentación, pues, a pesar de lo dispuesto en los artículos 212-3 y 213 de la Ley 600 de 2000, no reclama el cumplimiento de rígidas fórmulas para su presentación, de todas maneras ha establecido exigencias mínimas en aras de conservar la naturaleza extraordinaria del recurso de casación.

Es ese sentido, la postulación del reproche al amparo de la causal tercera, impone al demandante el deber de concretar la especie de irregularidad sustantiva generadora de la invalidación, los fundamentos fácticos a partir de los cuales ella se patentiza, la identificación de las normas vulneradas y el señalamiento de los motivos en virtud de los cuales se descubre el vicio in procedendo denunciado.

Adicionalmente, corresponde al libelista determinar el tramo de la actuación a partir del cual surte efectos el defecto, con indicación exacta de su cobertura; también, ha de precisar que no existe procesalmente manera distinta de restaurar el derecho o garantía afectada y, perentoriamente, es de su resorte acreditar que la irregularidad puesta de presente produce una secuela negativa y esencial en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado, pues el recurso extraordinario no puede sustentarse en especulaciones, conjeturas, posturas contrarias a la realidad procesal o en aspectos incapaces de producir un verdadero quebranto de derechos fundamentales.

Ahora, como el cargo denuncia la inactividad de los apoderados judiciales y para el efecto se alegan varias de las alternativas a partir de las cuales es posible consolidar por esa causa la violación del derecho de defensa, conviene precisar, con fundamento en la jurisprudencia decantada de la Sala, el desacierto que envuelve una presentación de ese talante, pues cada una de ellas demanda esfuerzos argumentativos especiales y, por ende, deben enfocarse de manera independiente, amén de afectar momentos diversos de la actuación.

En este sentido la Corte ha expresado:

“...cuando el ataque se endereza a demostrar ausencia de ejercicio defensivo, lo cual, como es apenas obvio, reconoce como presupuesto que sí hubo abogado, sólo que su presencia en el proceso fue apenas nominal, lo que se debe comprobar es que en el curso de la actuación se precisó de diligencias que requirieron del concurso del defensor,

pero que su actitud desentendida implicó despremiar oportunidades que objetiva y razonablemente surgían, bien de la forma como se iba llevando a cabo el acopio probatorio, o de como se estaba dirigiendo la investigación, o tramitando el diligenciamiento; o simplemente que emergían claramente hipótesis de defensa que de haberse ejecutado, los resultados del proceso serían en otro sentido”³.

En complemento de lo anterior, resulta oportuno recordar lo que en otra oportunidad señaló la Corporación:

“Ha reiterado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que si la nulidad se vincula a la vulneración del derecho de defensa, porque el profesional a cargo dejó de solicitar pruebas, o no interpuso los recursos de ley; o si la causa generadora de invalidez se refiere al desconocimiento del principio de investigación integral, porque los funcionarios judiciales no decretaron algunas pruebas, para la correcta formulación de la censura corresponde al demandante ocuparse de los siguientes aspectos:

2.1. Especificar cuáles son aquellos medios probatorios cuya ausencia extraña, verbi gratia testimonios, experticias, inspecciones, verificación de citas, etc.

2.2. Explicar razonadamente que tales medios de convicción eran procedentes, por estar admitidos en la legislación procesal penal; conducentes, por relacionarse directamente con el objeto de la investigación o del juzgamiento; y factibles de practicar, puesto que ni los abogados defensores ni los funcionarios están obligados a intentar la realización de lo que no es posible lógica, física ni jurídicamente.

2.3. En cuanto esté a su alcance, el demandante debe aproximarse al contenido material de las pruebas omitidas, para brindar a la Sala la oportunidad de confrontar el aporte de aquellos elementos de convicción con las motivaciones del fallo y así poder concluir si en realidad se han vulnerado las garantías fundamentales del procesado.

2.4. Además, es preciso que el casacionista discierna acerca de la manera cómo las pruebas dejadas de practicar, por la postura negligente del antiguo defensor, o por la ausencia de investigación integral, tenían capacidad de incidir favorablemente en la situación del procesado, «bien sea en cuanto al grado de responsabilidad que le fue deducido, o frente a la sanción punitiva que le fue impuesta, o simplemente porque el conjunto probatorio que se echa de menos podría desvirtuar razonablemente la existencia del hecho punible o acreditar circunstancias de beneficio frente a la imputación que soporta» (Sentencia del 4 de diciembre de 2000, Radicación No. 14127).

Cada uno de estos tópicos debe abordarse separadamente, debido a que su comprobación implica desarrollo y sustentación específicos.

2.5. En cuanto a la trascendencia del vacío dejado por la prueba cuya práctica se omitió, es preciso recordar que la posibilidad de declarar la nulidad no deriva de la prueba en sí misma considerada, sino de su confrontación lógica con las que sí fueron tenidas en cuenta por el sentenciador como soporte del fallo, «para a partir de su contraste evidenciar que las extrañadas, de haberse practicado, derrumbarían la decisión, erigiéndose entonces como único remedio procesal la invalidación de la actuación censurada a fin de que esos elementos que se echan de menos puedan ser tenidos en cuenta en el proceso» (Auto del 12 de marzo de 2001, Radicación No. 16.463)⁴

Así las cosas, se observa que de la simple confrontación entre el contenido de la censura y las exigencias aquí señaladas con apoyo en los pronunciamientos evocados, se concluye desde ahora que el cargo debe ser inadmitido.

En efecto, como el actor inicialmente denuncia que la defensa de entonces no se notificó personalmente de la decisión por medio de la cual se resolvió la situación jurídica al procesado y tampoco impugnó la misma, debió explicar la consecuencia

derivada de lo primero y, frente a lo segundo, en qué sentido habría podido recurrir el proveído en orden a provocar un efecto de tal magnitud que el curso de la actuación habría variado sustancialmente. La ausencia de argumentación dejó sin sustento este sector del reproche.

Sucede lo mismo frente al reparo relacionado con el cierre de la investigación, pues no señala a la Corte el contenido de la actividad que en concreto habría podido desarrollar la defensa en ese momento procesal; actitud que continúa al echar de menos los alegatos de conclusión por parte del colega que fungiera como apoderado judicial de su representado en aquel entonces. Incluso el silencio se prolonga cuando señala la falta de notificación personal del togado de turno respecto la resolución de acusación, pues tampoco precisa las consecuencias.

La crítica a sus antecesores por no deprecar la práctica de pruebas, igualmente quedó huérfana de sustentación, pues, en este caso, debía identificar aquellas que razonablemente era posible evacuar, mencionando su pertinencia, conducencia y utilidad⁵, así como pronosticar, de ser posible, su contenido.

Además, le correspondía entrar a realizar un esfuerzo orientado a acreditar la incidencia en torno a la ausencia del o de los medios demostrativos, esto es, expresar de manera argumentada porqué la falta de ellos influiría de modo esencial en la declaración de justicia contenida en el fallo, una vez confrontado el resto de los medios de conocimiento en los que éste se sustentó, sin que en desarrollo de esta tarea pudiera exponer su visión personal, pues por el contrario debía mostrar la objetividad de sus apreciaciones.

En cuanto a la no proposición de nulidades por parte de sus antecesores, resulta oportuno señalar que los cometarios inicialmente precisados aquí sirven de referente para determinar el trabajo dialéctico que debía adelantar el censor en este aspecto y, por

ello, no es necesario volver a mencionarlo, sin olvidar que, a su vez, le correspondía hacer énfasis en la trascendencia de la irregularidad en que presuntamente se habría incurrido durante el desarrollo de la actuación y que no se denunció por los abogados.

Como obviamente nada de ello exhibe el cargo, pues el libelista escasamente deja plasmada su contrariedad por no haberse alegado nulidades por parte de los colegas que le precedieron, un enfoque con esas características en modo alguno consulta los mínimos requerimientos casacionales.

Incluso, el criterio de autoridad del cual se sirve, no recoge un supuesto como el configurado aquí, por cuanto, en esencia, mientras allí el procesado negó sistemáticamente su participación en el hecho, aquí reconoció haberle disparado a la víctima luego de un forcejeo, pues, según él, aquella quería despojarlo del arma de fuego que llevaba consigo.

Además, si el interés de la defensa hubiera sido controvertir la versión de los testigos que acudieron a declarar, los cuales pusieron de manifiesto el ataque sorpresivo e injustificado del que fue objeto la víctima, le correspondía al actor, teniendo en cuenta que varias personas estaban presentes al momento de los hechos, proceder a identificar las que respaldaban la versión sobre la existencia de la legítima defensa alegada por su pupilo.

Como el demandante no menciona un solo nombre, es posible explicar el hecho de que sus antecesores tampoco lo hicieran y, ante la falta de testigos, prefirieron adoptar una defensa vigilante y no activa.

Contrario a las obligaciones que se imponen con el recurso, la censura se observa precaria por estar sustentada en la simple mención de las normas violadas; panorama general abiertamente contrario al deber de señalar de forma clara, precisa y completa los argumentos que sirvan de soporte a la censura, en procura de dar cumplimiento a los principios de sustentación suficiente, crítica vinculante, autonomía y

trascendencia.

En consecuencia, el descuido por los requisitos más elementales de lógica y adecuada argumentación advertidos, conducen a decretar la inadmisión de la censura.

Casación oficiosa

En ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, observa la Sala el eventual desconocimiento de garantías fundamentales en relación con el procesado JHON JAIRO OLIVARES VÁSQUEZ respecto del principio de favorabilidad, en concreto, frente a pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En este sentido, conviene recordar que los hechos que dieron lugar a este proceso tuvieron ocurrencia el 3 de junio de 1999, época para la cual estaba vigente el Decreto Ley 100 de 1980.

De acuerdo con lo consagrado en la Constitución Política en su artículo 29, “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Entonces, si bien en materia penal la ley se aplica durante su vigencia, tal regla encuentra excepción en razón del principio de favorabilidad, el cual admite dos posibilidades: la retroactividad y la ultractividad.

En el primer evento, la disposición se utiliza en relación con hechos sucedidos antes de entrar a regir y, en la segunda contingencia, la aplicación del precepto tiene lugar cuando ha dejado de estar vigente respecto de situaciones verificadas cuando

imperaba; alternativas éstas que, es del caso precisar, se utilizan si reportan un beneficio al procesado.

De lo anterior se sigue que la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal envuelve una sucesión de leyes en el tiempo, donde una norma es sustituida por otra, o también puede darse una coexistencia de disposiciones pertenecientes a distintos ordenamientos con identidad en la materia que regulan, o por tránsitos legislativos.

En el sub judice se observa una sucesión de leyes en el tiempo, pues entre la fecha de los hechos y hoy, han regido el Decreto Ley 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000. En consecuencia, es preciso establecer si como fruto de ello es necesario dar aplicación al principio de favorabilidad y, por tal motivo, entrar a modificar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta en la sentencia.

En cuanto hace a la sanción accesoria en cuestión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto Punitivo de 1980, su duración máxima era de “hasta diez (10) años” y, a su vez, el artículo 52 ibídem establecía que “la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un periodo igual a la de la pena principal”.

Por su parte, la Ley 599 de 2000 prevé en su artículo 51 que “La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años”, límite máximo del cual se exceptúan los eventos en que los servidores públicos son condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, casos en donde la inhabilitación es de carácter permanente, de conformidad con lo consagrado en el inciso 5º del artículo 122 de la [Constitución Política](#).

A su vez, el artículo 52 del Código Penal de 2000 señala: “En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley”, es decir, veinte (20) años.

Entonces, comparando la duración de la pena accesoria a la cual se viene aludiendo, se extrae que la norma más favorable es la contenida en el Decreto Ley 100 de 1980, por cuanto allí se consagraba un extremo máximo de diez (10) años.

Por lo tanto, en aplicación de la ley penal de efectos ultractivos más favorables, corresponde ajustar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al límite establecido en el anterior Estatuto Punitivo, esto es, en diez (10) años, por ser éste el extremo superior, a pesar de que la pena de prisión en el caso particular fue de catorce (14) años y siete (7) meses.

Así las cosas, la Corte entrará a corregir el error cometido en la sentencia al dosificar la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas con fundamento en la Ley 599 de 2000, en orden a salvaguardar el principio de favorabilidad.

Conviene señalar igualmente, que la Sala procederá de inmediato a restablecer la garantía fundamental afectada, en aplicación del criterio adoptado en decisión del 12 de septiembre de 2007⁶, cuando recogió el anterior según el cual una vez identificada la violación del derecho esencial se hacía un traslado previo al Ministerio Público para que emitiera concepto sobre el particular.

Cuestión Final

Si bien se observa que en la sentencia de primer grado se dispuso la compulsión de copias para investigar el delito de porte ilegal de armas, determinación respecto de la cual guardó silencio el Tribunal y, por ello, no tuvo modificación alguna, no debe

perderse de vista que los hechos que aquí son objeto de juzgamiento ocurrieron el 3 de junio de 1999.

Así mismo, es del caso recordar que la pena para la infracción citada era de cuatro (4) años de prisión, acorde con lo consagrado en el artículo 201 del Código Penal de 1980, razón por la cual la acción penal está prescrita.

En efecto, si de acuerdo con lo estipulado en el artículo 80 del Código Penal de 1980, “la acción prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco”, resulta claro que desde el día de los hechos han transcurrido más de ocho (8) años. Incluso, se observa que para el 8 de julio de 2005, fecha del fallo del Juzgador a quo donde se ordenó la compulsa de copias, habían pasado más de seis (6) años.

Finalmente, se precisa que la compulsa de copias, aun cuando se ordene en la sentencia, es una decisión de mero trámite o de sustanciación y, en consecuencia, en modo alguno constituye un aspecto sustancial de la misma, razón por la cual la determinación que aquí se adopta de revocar esa orden por estar prescrita la acción penal, conserva dicha naturaleza⁷.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de JHON JAIRO OLIVARES VÁSQUEZ por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
2. CASAR oficiosamente y parcialmente la sentencia y, en consecuencia, fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en diez (10)

años a JHON JAIRO OLIVARES VÁSQUEZ.

3. REVOCAR la compulsa de copias ordenada en la sentencia para investigar el delito de porte ilegal de armas, por las razones de la motivación fundadas en la prescripción de la acción penal.

4. DECLARAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
GUZMÁN

AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ

JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Comisión de servicio

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Esta decisión quedó ejecutoriada el 1º de julio de 2004. Folio 64 cuaderno de la Fiscalía.

2 Ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo No. PSAA07-4200 del 31 de octubre de 2007.

3 Cfr. Sentencia del 18 de mayo de 2006, Radicado No. 21944.

4 Cfr. Auto del 13 de julio de 2005, Radicado No. 17819.

5 Cfr. Auto del 22 de mayo de 2008, Radicado No. 29377.

6 Cfr. Radicado No. 26967.

7 En sentido semejante, Auto del 24 de febrero de 2005, Radicado No. 19810.