

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta N° 419

Bogotá D.C., once de diciembre de dos mil trece.

V I S T O S

La sala resuelve la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ISIDRO ANDRÉS, DONALDO NÉSTOR APERADOR GRANADOS y JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO contra la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, donde se les condenó a 100 meses de prisión como coautores del punible de hurto calificado y agravado en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

HECHOS

Así fueron relatados en la sentencia de segunda instancia:

“Aproximadamente, a las tres de la tarde de (sic) 19 de mayo de 2005 en la oficina Unicentro del Banco Caja Social de la carrera 15 número 118-93 de Bogotá, luego de haber cerrado las instalaciones y suspendido la atención al público con excepción de las

personas que se encontraban en su interior, cinco hombres y una mujer procedieron a intimidar con arma de fuego a los empleados y clientes. LUIS GUILLERMO CASTILLO ROMERO ingresó a la oficina del subgerente, lo amedrentó con revólver y lo obligó a que con la cajera principal ingresaran al cuarto de recuento para deshabilitar la clave de acceso y digitar la de las cajas fuertes. ISIDRO ANDRÉS APERADOR GRANADOS y NÉSTOR JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO intimidaron a los cajeros auxiliares para sustraer el dinero de las arcas, mientras DONALDO NÉSTOR APERADOR GRANADOS y LILIANA PAOLA ARIZA ZAMBRANO mantuvieron atemorizados por más de cuarenta minutos a los demás. Se llevaron aproximadamente noventa y siete millones de pesos, la CPU con el video de seguridad y las llaves del banco.”

ACONTECER PROCESAL

De acuerdo con los resultados de la investigación, en audiencia llevada a cabo el 29 de septiembre de 2006, se formuló imputación por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en contra de ISIDRO ANDRÉS y DONALDO NÉSTOR APERADOR GRANADOS, NÉSTOR JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO, LILIANA PAOLA ARIZA ZAMBRANO y LUIS GUILLERMO CASTILLO ROMERO, ante el Juzgado Tercero Penal con Funciones de Control de Garantías de esta capital.

El juicio correspondió inicialmente al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, siendo luego reasignado al Tercero. Así, el 8 de febrero de 2007 se realizó la audiencia de formulación de acusación, así como la preparatoria –el 23 de marzo del mismo año-. Por su parte, la vista pública se llevó a cabo el 18 de julio de 2011, anunciándose al final el sentido condenatorio del fallo, programándose su lectura para el 26 de octubre siguiente, oportunidad en la cual el Juez Tercero Penal del Circuito advirtió sobre la imposibilidad para dictar sentencia por cuanto encuentra que el proceso adolece de un vicio por lo que decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la presentación del escrito de acusación –originado en que en

dicho documento no se precisaron las circunstancias calificantes y agravantes del hurto, y por tanto, al dictarse sentencia en esas condiciones, se vulnerarían el debido proceso y el derecho de defensa-; decisión que fue objeto de apelación por parte del Fiscal.

Dicha impugnación fue resuelta mediante auto del 18 de noviembre de 2011, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial revocó el decreto de la nulidad y en consecuencia ordenó al Juzgado proferir la sentencia condenatoria que ya se había anunciando.

Por tanto, el 9 de mayo de 2012, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, profirió el correspondiente fallo, en el cual decretó la prescripción de la acción penal en relación con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, y además, impuso a los acusados por el delito de hurto calificado y agravado (arts. 240.1, 241.10), una pena de 100 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

A su vez, en contra de dicho fallo la defensa interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por decisión de 15 de mayo de 2013, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó integralmente la sentencia impugnada, proveído contra el que a su vez la defensa de ISIDRO ANDRÉS, DONALDO NÉSTOR APERADOR GRANADOS y JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya admisión, ahora se analiza.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La proferida el 15 de mayo de 2013 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, donde se encontró responsables a LILIANA PAOLA ARIZA ZAMBRANO, LUIS GUILLERMO CASTILLO ROMERO, DONALDO NÉSTOR APERADOR GRANADOS, ISIDRO ANDRÉS APERADOR GRANADOS y NELSON

JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO de delito de Hurto Agravado y Calificado, por el cual se les condenó a 100 meses de prisión.

DEMANDA

Se presentó una demanda en representación de ISIDRO ANDRÉS APERADOR GRANADOS, JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO y DONALDO NÉSTOR APERADOR GRANADOS, que se concreta en dos cargos, a saber:

El primer ataque fue formulado al amparo del artículo 181.2 de la Ley 906 de 2004, en el cual el libelista invoca el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura, toda vez que la sentencia de segunda instancia erró al no decretar la prescripción de la acción penal, pues ya había transcurrido el término que tenía el Estado para su ejercicio, puesto que, entre la audiencia de imputación y la sentencia de primera instancia habían pasado cinco años, ocho meses y dieciocho días, lo que en su entender supera los límites establecidos por los artículos 292 del Código de Procedimiento Penal y 83 del Código Penal; lo que en su sentir conllevó a que se violara el principio de legalidad dado que no se aplicaron las normas llamadas a regular el caso.

En la segunda censura se enuncia la violación indirecta de la ley, por error de derecho por falso juicio de legalidad, argumentándose que el funcionario judicial no excluyó por ilegal un reconocimiento de personas cuando este no se realizó de la manera en la que indica el artículo 252 C.P.P., que establece dos formas para su realización, dependiendo del acceso que se pueda tener a la persona susceptible de ser reconocida, y como en este caso se tenía disponible a los indiciados, se les debió hacer el reconocimiento en fila y no por medio fotográfico, como se finalmente se realizó dicha actividad; y, en cambio se profirió sentencia condenatoria con fundamento en dicha prueba ilegal, violando así el derecho de defensa y el debido proceso, más aún cuando se otorgó plena credibilidad a los testimonios de quienes realizaron el cuestionado

reconocimiento fotográfico.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala pasa a estudiar los aspectos de lógica y debida argumentación de la demanda.

De acuerdo en la previsto por el inciso segundo del artículo 184 de la ley 906 de 2004,

“No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de sus contexto se advierte fundamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”

Se observa que el legislador patrio, consciente de la condición extraordinaria del recurso, facultó a la Corte para que realizando un control formal a la demanda, sólo admitiera para estudio de fondo, o seleccionara, aquellas en las que:

1. El demandante tenga interés, en tanto sea lesionado con acto ilegal o inconstitucional denunciando,

1. El casacionista señale con precisión la causal invocada y desarrolle de manera correcta los cargos; y,

1. Además de lo anterior, la Sala advierta fundadamente que se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso.

De suerte que en ausencia de alguno de estos elementos la única opción que le queda a la Corte es abstenerse de seleccionar la demanda, por medio de decisión contra la que el legislador creó el mecanismo de insistencia, el que por su misma identidad está llamado a cuestionar la argumentación por medio de la cual la Sala consideró insatisfecha la exigencia normativa prevista para la admisión de la demanda.

En la primera censura, el casacionista planteó la prescripción de la acción penal, aduciendo que para el momento en que se profirió la sentencia de segunda instancia, ya había fenecido el plazo que tenía el Estado para el ejercicio de la acción penal. Señala el casacionista que como han transcurrido más de cinco años entre la imputación y la emisión del mentado fallo, se debe declarar la nulidad para en su lugar decretar la extinción solicitada.

Así, el casacionista considera que el fenómeno prescriptivo operó antes de la emisión del fallo de segunda instancia por lo cual, solicita admitir la demanda y en consecuencia casar el fallo y en su lugar decretar la cesación de procedimiento. Sin embargo, el libelista omitió demostrar el error que invoca, puesto que renunció a realizar todo el desarrollo fáctico y normativo que condujera a comprobar que efectivamente se profirió sentencia de segunda instancia cuando en realidad debió fue terminarse el proceso como consecuencia de la alegada causal de extinción de la acción penal; lo cual es suficiente para inadmitir el cargo en cuestión.

Sin embargo, de cara a la eventual admisión oficiosa de la demanda, la Sala, contrario a lo que plantea el casacionista, no advierte que haya operado el anunciado fenómeno extintivo. Veamos.

En principio, conviene recordar que el artículo 83 del Código Penal, precisa

que: “La acción penal 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 (5) años, ni excederá de veinte (20)...”

Los hechos materia del proceso tuvieron ocurrencia en Bogotá, el 19 de mayo de 2005, esto es, ya en vigencia de las Leyes 890 y 906 de 2004, y el delito por el que se procede es el de hurto calificado y agravado (arts. 240.1, 241.10).

La pena para el hurto agravado era inicialmente entre

36 y 96 meses de prisión, que con el incremento de la Ley 890 de 2004 quedaría entre 48 y 144 meses, los cuales al ser incrementados por la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 10 del artículo 241 se ubica entre 55 y 216 meses.

Por tanto, el término en que operaría la prescripción de la acción penal en el caso concreto sería 216 meses contados desde el momento de ocurrencia de los hechos -19 de mayo de 2005-.

Ahora bien, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 dispone que la formulación de la imputación interrumpe el término prescriptivo de la acción penal, luego de lo cual “este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.”; con lo que el nuevo límite máximo que tendría el Estado para el ejercicio del ius puniendi, se extendería a 108 meses, contados desde la imputación; la cual, como se realizó el 29 de septiembre de 2006, prolongaría el tiempo que tiene el Estado para investigar y juzgar por 108 meses después de tal fecha, esto es, hasta el 28 de septiembre del 2015, día que aún no ha llegado.

Además de lo anterior, de acuerdo con lo señalado por el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, “proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de

prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.”, a partir del 15 de mayo de 2013 -fecha de expedición del fallo proferido por el Tribunal- se suspendió el conteo de los términos de prescripción.

En conclusión, la Sala no observa que se haya producido el fenómeno de prescripción de la acción penal, cargo que además de no ser desarrollado adecuadamente por el casacionista, esta Colegiatura no encuentra mérito para abordarlo de oficio.

Como segundo reproche el censor cuestionó la legalidad del fallo por considerar que se fundamentó en prueba ilegal, dado que, en su criterio, estando los indiciados a disposición de la autoridad judicial, sólo era procedente el reconocimiento en fila de presos y no era optativo el fotográfico y por tanto, debe casarse la sentencia por fundarse en prueba ilegal.

Si bien es cierto el censor escogió adecuadamente la causal de casación, también lo es que omitió desarrollarla adecuadamente en tanto renunció a indicarle a la Sala cuál era el medio de prueba que consideraba ilegal y las razones de dicha consideración; y en cambio, se limitó a lamentarse que una labor investigativa, que no medio de prueba, como era el reconocimiento, se realizó de una manera diferente a como el censor considera que debió hacerse.

El casacionista realiza por tanto un alegato interesado que además de no avenirse a las exigencias de la lógica casacional y que pretende imponerlo sobre el realizado por el juez, deja de tener en cuenta que la sentencia se fundamentó en los testimonios de personas que fueron víctimas del asalto en cuestión, en aquella oficina del Banco Caja Social; quienes vieron posteriormente a varios de sus agresores cuando fueron presentados por televisión como capturados por un delito posterior, y fue ahí cuando al reconocerlos inmediatamente, dieron aviso a las autoridades, según se dejó constancia en el informe ejecutivo leído en la audiencia pública.

En efecto, los testigos Luis Fernando Cabrera Falla, subgerente del Banco Caja Social y presente en dicha oficina el día de los hechos reconoció por medio de fotografías, a LUIS GUILLERMO CASTILLO ROMERO como uno de los partícipes en el asalto del que fue víctima, lo mismo que Magda Milena Roncancio Santos reconoció a LIANA PAOLA ARIZA, y la testigo Constanza Molina, identificó a NELSON JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO. Por su parte Edwin Maldonado Picarón, reconoció a ANDRÉS APERADOR GRANADOS.

Dichos reconocimientos fotográficos fueron solicitados, autenticados e incorporados legalmente al juicio oral, y para su realización se contó con la autorización previa del fiscal que dirigió la investigación.

Así pues, el libelista omitió ocuparse de los testimonios directos practicados en la vista pública en los cuales se fundamentó la sentencia condenatoria y de todo el resto del material probatorio con que contaba el juez al momento de decidir, e indicar a la Corte como debió decidir superado el supuesto error que denuncia.

Por tanto, incumplida la exigencia segunda prevista por el legislador en relación con la demanda de casación, relacionada con el adecuado desarrollo de los cargos, se inadmitirá la demanda.

Finalmente, aun cuando se pasaran por alto los errores de técnica del recurso, esta Sala no encuentra ningún elemento que le indique la existencia de ilegalidad o inconstitucionalidad de la sentencia que hagan necesario un fallo para el cumplimiento de alguna de las finalidades del recurso.

Como quiera que según lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, contra la decisión de no seleccionar la demanda procede el mecanismo de insistencia, conviene reiterar el precedente jurisprudencial¹ que delinea sus ribetes procedimentales, ante la omisión legislativa de la definición de su trámite.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

RESUELVE

Inadmitir la demanda presentada por el defensor de ISIDRO ANDRÉS, DONALDO NÉSTOR
APERADOR GRANADOS y JAVIER SÁNCHEZ FAJARDO

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia a la luz de lo dispuesto en el
inciso segundo del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese, cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

IMPEDIDA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
CABRERA

EYDER PATIÑO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Auto de diciembre 12 de 2005, dentro del radicado 24.322.