

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada ponente

AP-2148 2014

Radicación N° 43127

(Aprobado Acta No. 119)

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor del sargento segundo del Ejército Nacional RAMÓN MACHADO ÁLVAREZ contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar el 5 de septiembre de 2013, a través de la cual confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada de Bogotá que condenó al mencionado, junto al cabo tercero Ider David Carabalí González de la misma institución, por el delito de peculado por apropiación, al tiempo que absolvió de la misma infracción al también cabo tercero Edwar Esneyder Carabalí Banguero.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron declarados por el Tribunal en la providencia impugnada, de la siguiente forma:

Según informe presentado por el señor Coronel José Fernando García Sánchez, para el entonces, Jefe CECIM Brigada Logística, data que para el 07 de Noviembre de 2.003 (sic), el Suboficial enlace de la Décimo Sexta Brigada dejó en custodia un material de vainillas y al retirarlas al día siguiente faltaban siete (7) costales, comprobándose posteriormente que este material salió por la guardia del Batallón de Servicios No 21 en un campero Trooper de Comando Ejército conducido por el señor Víctor Salamanca y llevados a una Chatarrería de Puente Aranda por el C3. Carabalí González Ider David, quien fungía de servicio de guardia y por el conductor Candil Pisco quienes vendieron el material de vainillas por un valor de \$575.000 pesos.

Se advierte en dicho documento que se repartió el producto del ilícito de la siguiente manera: C3. Carabalí González y Candil Pisco la suma de 100.000 pesos, entregando el excedente al SS. MACHADO ÁLVAREZ quien repartió el dinero entre los cuatro de la siguiente forma: al señor Candil le dio \$40.000 y para el C3. Carabalí González, SS. MACHADO ÁLVAREZ y C3. Carabalí Banguero la suma de \$145.000 a cada uno...".

Por razón de los hechos denunciados, se dispuso la apertura de la correspondiente investigación, dentro de la cual se vinculó al sargento segundo del Ejército Nacional RAMÓN MACHADO ÁLVAREZ y a los cabos terceros de la misma institución Ider David Carabalí González y Edwar Esneyder Carabalí Banguero.

El 11 de agosto de 2009, la Fiscalía 13 Penal Militar ante el Juzgado 11 de Instancia de Brigada de Bogotá, dictó resolución de acusación en contra de los aludidos por el delito de peculado por apropiación: al primero, en calidad de determinador y, a los dos últimos, como coautor y cómplice, respectivamente. A su vez, cesó procedimiento por prescripción de la acción penal respecto del segundo en cuanto al delito de abandono del puesto.

La Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Penal Militar de la misma ciudad, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa de MACHADO ÁLVAREZ contra la anterior determinación y del grado jurisdiccional de consulta dispuesto frente a la cesación de procedimiento, mediante proveído del 19 enero de 2010 le impartió confirmación.

La fase del juicio le correspondió al Juzgado 11 Penal Militar de Brigada de Bogotá, donde, agotada la audiencia de corte marcial, dictó sentencia el 17 de septiembre de 2012, por medio de la cual condenó al sargento segundo RAMÓN MACHADO ÁLVAREZ y al cabo tercero Ider David Carabalí González a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa por valor de \$ 819.462,73 e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, tras hallarlos responsables como determinador y autor, en su orden, del delito objeto de acusación.

Al mismo tiempo, les impuso la pena accesoria la separación absoluta de la fuerza Pública, al tiempo que les negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, por lo que dispuso librar orden de captura en su contra. En la misma decisión, absolvió al cabo tercero Edwar Esneyder Carabalí Banguero de la imputación delictiva contenida en la acusación.

Inconforme con la sentencia anterior, la impugnó de forma exclusiva la defensa de MACHADO ÁLVAREZ, por lo que se pronunció el Tribunal Superior Militar en sentido de confirmarla parcialmente, modificándola en el entendido de que la responsabilidad del último en mención es a título de autor y en el de que la pena impuesta -para los dos condenados- “es de treinta y dos (32) meses de prisión, multa de trescientos setenta mil pesos (\$370.000,00), e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad”. En lo demás, dejó incólume la decisión.

El mismo sujeto procesal, también de forma exclusiva, promovió recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segundo grado para lo cual allegó libelo, de cuya admisibilidad se ocupará la Sala luego de compendiar sus argumentos en el siguiente acápite.

LA DEMANDA

Formula cuatro cargos contra el fallo impugnado. El primero, por “1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”; el segundo, por violación indirecta de la ley sustancial; el tercero, por nulidad y, un último, como “cargo subsidiario”. Los reparos, en su orden, son del siguiente tenor:

Primer cargo:

Considera que la conducta atribuida no reúne los elementos del hecho punible, esto es, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

En relación con la tipicidad, asegura, porque las vainillas, como lo afirma el CT. Ómar Alberto Muñoz, no fueron dejadas bajo custodia, administración o tenencia de RAMON MACHADO ÁLVAREZ “como bien se demuestra en el acervo probatorio, siendo imprecisa la conducta impetrada por la Juez, por cuanto no coincide con los elementos estructurales del tipo penal ‘Peculado por Apropiación’. Así las cosas, no tendría el sujeto activo cualificado la condición especial exigida por el tipo”.

Igual ocurre con la antijuridicidad, prosigue, pues no sólo se busca que la conducta enrostrada sea contraria a derecho, “sino también si era consciente acerca de que su conducta era antijurídica y les era exigible su comportamiento diferente, como era

el de no apropiarse para sacar provecho para sí de los 222 kilos de vainillas, cuya custodia tenían en razón de su cargo”.

De la misma forma, por omitir demostrar la lesión o amenaza al bien jurídico tutelado o, lo que es igual, dice, al no establecer el daño causado sino remitirse directamente a la indemnización de perjuicios con base en el costo de los 4 bultos de vainillas.

Por último, estima que tampoco se reúne el elemento culpabilidad, dado que su prohijado no tuvo posibilidad de conducirse de manera diferente, puesto que no conoció de la entrega de los bultos en custodia a Carabalí González, “por tanto nunca tuvo dominio del presunto hecho punible que se le imputa”.

El sustento de la condena contra su defendido radicó, entonces, solo por desempeñar para el día de los hechos el cargo de Comandante de Guardia, y no por tener relación con ellos, lo cual se traduce en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en el artículo 10 del Código Penal Militar vigente.

Acto seguido, sostiene que a su defendido se lo acusó y luego condenó por el a quo por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinador, pero el ad-quem modificó dicha calidad atribuyéndole una distinta; además, la conducta se concretó por hacerse a un bien fiscal, pero tal condición la perdieron desde el “mismo momento en que se produce el disparo”.

Segundo cargo:

Se invoca con fundamento en la causal de violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de derecho por indebida valoración de las pruebas, pues, afirma, se le dio plena credibilidad a lo manifestado por los suboficiales Carabalí Gonzalez, Carabalí Banguero y el civil Candil, cuando no son de recibo “por cuanto estos exponentes, además de ser sindicados directos de la apropiación y venta del material objeto de la

presente causa, faltaron a la verdad en sus exposiciones”.

El primero, indica, dado que entra en contradicción con lo aludido por Ómar Alberto Muñoz, Wilson Rene Medina Sierra y los señores Yanquive y Unigarro en torno a las circunstancias que rodearon los hechos. Además, en cuanto ninguno de los declarantes e indagados afirman haber convenido el reparto del dinero producto de la venta con el procesado, especialmente porque surge el interrogante de cuál sería el objeto de hacerlo en partes iguales si el material era de propiedad del Sargento MACHADO, según lo afirmado por Carabalí Gonzalez.

En ese orden, dichos testimonios no son creíbles, pues faltan a la verdad y tienen interés en la causa; por ello, deben tenerse como sospechosos.

A continuación, sostiene que también se presenta “defecto fáctico” en virtud de la no valoración del acervo probatorio, por cuanto el juzgador sólo apreció las pruebas obrantes en el expediente de manera adversa a su defendido y no a favor de él. Por lo mismo, asegura, no se verificó su apreciación conjunta de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en contravía con lo estipulado en el artículo 401 del Código Penal Militar.

Así las cosas, solicita “se revoque la sentencia proferida por la Juez Once de Brigada y confirmada por el Honorable Tribunal Superior Militar y se profiera sentencia absolutoria en favor de mi defendido”.

Tercer cargo. Causal tercera, juicio viciado de nulidad:

A su defendido, acota, se lo acusó y condenó por el a quo por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinador, pero el ad-quem le atribuyó una calidad distinta, violando con ello el derecho de defensa y el debido proceso.

Acto seguido señala que el Tribunal Superior Militar también olvidó que en este caso el procesado es apelante único.

Igualmente configura irregularidad, puntualiza, que se lo hubiere declarado persona ausente sin citarlo a la última dirección suministrada en su hoja de vida, con lo que se transgredió el debido proceso y el derecho de defensa, amén de que “es capturado cuando el proceso se encontraba en etapa de calificación”.

Por último, advierte que la sala del Tribunal al confirmar el fallo de primer grado no se conformó acorde a lo dispuesto en el artículo 236 del Código Penal Militar, lo que erige quebranto del debido proceso, pues “solo se integró por dos Magistrados. Pero de advertir (sic) que el CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, no hace parte de dicha sala; por tanto, si la sala no tenía los Magistrados ha debido someterse nuevamente a reparto y no prolongar los términos en perjuicio del apelante”.

Cuarto cargo (subsidiario):

Afirma que se negó la pena de ejecución condicional teniendo como única motivación la prohibición del artículo 71 del Código Penal Militar “al calificar los bultos de vainillas machacadas como bien Fiscal de seguridad y defensa nacional, sin que exista razón diferente para conceder ésta o necesidad de la reclusión intramuros como lo ha señalado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia”.

Recuerda, así mismo, que su asistido ha permanecido en libertad provisional más de ocho años, se presentó tantas veces como fue citado por la autoridad judicial que conoció del proceso y canceló lo presuntamente apropiado, con lo cual obtuvo una rebaja de la pena.

Finalmente señala que por no existir jurisprudencia se dejan de conceder mecanismos sustitutos, como la prisión domiciliaria y otros beneficios, a los miembros de la

Fuerza Pública, violando con ello el derecho de igualdad señalado en el artículo 13 de la Constitución “y en el caso en particular pudiéndose otorgar la prisión domiciliaria u otro beneficio porque éste no es una amenaza para la sociedad o para que el condenado pueda estar con sus hijos y con ello evitar apartarlo de su familia; garantizado con ello también los derechos del menor a tener una familia”.

En un último acápite, denominado “PETICIÓN”, solicita casar la sentencia y absolver de toda responsabilidad a su defendido “y como consecuencia de ello levantar la pena principal y accesoria a la cual había sido condenado o decretar la nulidad referenciada y sustentada, revocar la negación de la pena de ejecución condicional y demás beneficios que se dejan de otorgar por no haberse desarrollado jurisprudencia que permita a los miembros de la Fuerzas (sic) Pública acceder a los mismos mecanismos sustitutos que consagra la justicia ordinaria para los procesados”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En orden a establecer si la demanda presentada por el defensor de RAMÓN MACHADO ÁLVAREZ reúne los condicionamientos de admisibilidad, es necesario señalar que de conformidad con el numeral 3° del artículo 212 de la Ley 600 de 2000, el libelo casacional deberá contener: “La enunciación de la causal y la formulación del cargo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y las normas que el demandante estime infringidas” (subraya fuera de texto). Igualmente, en el siguiente numeral de la misma preceptiva, también se exige que “si fueren varios los cargos, se sustentarán en capítulos separados”, al tiempo que “es permitido formular cargos excluyentes de manera subsidiaria”.

La presentación del escrito sustentatorio del recurso extraordinario “de forma clara y precisa”, en los términos de la aludida normativa legal, ha dicho reiteradamente esta Colegiatura, está relacionada con la carga para quien la suscribe, en atención al carácter

rogado del recurso extraordinario, de esbozar una argumentación coherente, comprensible y lógica, pues no le corresponde desentrañar confusos, ambivalentes y contradictorios planteamientos.

A continuación se verá como los diversos reparos contenidos en el libelo reseñado no cumplen dichas exigencias, motivo por el cual se inadmitirá.

Así, en cuanto al primer cargo lo primero que se advierte es que a pesar de formularse por la causal de violación directa de la ley sustancial, aun cuando no se invoca expresamente pero ello se infiere de la transcripción integral en su enunciado del cuerpo primero del inciso ídem del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, en cuanto manifiesta acusar el fallo por “1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”, en su desarrollo no se pliega a los presupuestos de esta causal, situación que genera confusión y ambigüedad.

En efecto, es de la esencia de la violación directa de la ley sustancial sujetarse a los fundamentos fácticos y probatorios de la decisión impugnada, como quiera que el error se contrae a un debate puramente jurídico que deviene de la falta de aplicación (no se selecciona la norma llamada a regular el caso), de su aplicación indebida (se escoge para solucionar el caso una preceptiva que no es atinente) o de su interpretación errónea (en donde si bien se selecciona la normativa correctamente, se le otorga una hermenéutica equivocada).

De modo que, aun cuando esta causal también recae en la vulneración de preceptos sustanciales, no guarda relación con la crítica fundada en la incorrecta apreciación de las probanzas, cuya vía expedita en sede del recurso extraordinario de casación es la violación indirecta de la ley sustancial, a condición de que el censor demuestre que el

fallador incurrió en errores de hecho o de derecho, los primeros producto de falsos juicios de existencia, de identidad o raciocinio y, los segundos, por los llamados falsos juicios de legalidad o de convicción, que a su vez generan violación de la ley sustancial, bien porque el precepto aplicado no debió serlo o en cuanto se dejó de aplicar el llamado a regular el caso.

Precisamente por la disímil esencia entre las dos causales aludidas se colige también que son excluyentes y, por ende, deben ser formuladas a través de reparos independientes con el fin de evitar la vulneración de principios regentes de la materia casacional, como son los de autonomía y no contradicción, consagrados en procura de preservar la claridad y concisión que debe evidenciar la demanda con miras a su admisión y estudio.

Contrariando las premisas anteriores, en el reproche objeto de estudio se incurre en dicha falencia al anunciar que tiene sustento en la violación directa de la ley sustancial y, acto seguido, en su desarrollo, se aparta de los presupuestos fácticos y probatorios del fallo recurrido en punto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En esa dirección, por ejemplo, frente al elemento dogmático de la tipicidad, cuestiona el crédito otorgado a la declaración del C.T. Ómar Alberto Muñoz, porque a su juicio fue enfático en indicar que las vainillas no fueron dejadas bajo la custodia, tenencia o administración del implicado, lo que, a su modo de ver, desvirtúa la calidad de sujeto activo cualificado que exige el tipo penal.

Al margen de que el ingrediente normativo del tipo que pretende demostrar con esta declaración nada tiene que ver con la calidad de sujeto activo exigida en el mismo, lo cierto es que la discusión planteada se aleja por completo de los derroteros de la violación directa de la ley sustancial pretextada.

Peor ocurre con el planteamiento genérico y abstracto que desarrolla en torno al incumplimiento de la categoría dogmática de la antijuridicidad, pues se limita a señalar

escuetamente que no se demostró la lesión al bien jurídico protegido o la conciencia de la antijuridicidad de su defendido, pero sin esbozar razón alguna y dejando de lado que este último factor no hace parte de esta categoría dogmática.

Lo que se pone de manifiesto con su aserto, entonces, es un vano e infundado desacuerdo con la situación fáctica y probatoria considerada por los falladores, incompatible con la naturaleza de la causal en comento.

La situación se repite en su discurso contra la demostración del elemento culpabilidad, en tanto se basa en la falta de conocimiento por parte de su prohijado de que los bienes estuvieran bajo su custodia, tenencia o administración, lo que habría incidido, además, en la imposibilidad de tener dominio del hecho.

Pues bien, amén de que el debate acerca de este último punto tiene incidencia en la determinación de la autoría y no en la culpabilidad, lo que se aprecia nuevamente es que el actor se aparta de la realidad probatoria plasmada en el fallo impugnado, sin exponer argumento alguno, ya bien de orden sustancial o probatorio, en procura de soportar sus afirmaciones.

Ahora, el solo hecho de discutir dentro de un mismo cargo las tres categorías dogmáticas e, incluso, al involucrar en el debate la falta de dominio del hecho de su defendido en la conducta, comporta total confusión, pues la forma apropiada de exponer planteamientos conceptualmente diversos, como lo enseña el referido numeral cuarto del artículo 212 del estatuto procesal, es a través de cargos independientes.

Aún peor cuando, en el mismo reparo, también de forma enunciativa y sin señalar incidencia alguna, alude a la incongruencia entre acusación y fallo en relación con el grado de participación del implicado.

Ello, porque tal situación encasilla en una causal de casación distinta, de modo que no

sólo se trata de un punto conceptualmente diverso, sino con efectos disímiles, contrarios y excluyentes, lo que torna mayúscula la confusión.

En la segunda censura dicha falencia persiste, pues aun cuando la polémica probatoria, a diferencia del cargo anterior, correctamente se postula por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, en su desarrollo de manera impropia entremezcla modalidades de error contradictorias, que, dicho sea de paso, también formula de forma vaga y superficial.

De esta forma se advierte cómo a pesar de que el libelista alude a un error de derecho, en su desarrollo a más de que no se ajusta a la naturaleza de este tipo de yerro, involucra supuestos, aunque también de forma enunciativa, que corresponden a otro tipo de errores de apreciación probatoria.

Así, el libelista alude, respecto de las mismas probanzas, simultánea e impropriamente, a su omisión valorativa -lo que en rigor corresponde a un error de hecho y no de derecho como lo invoca, por falso juicio de existencia-, o al desconocimiento en su valoración de las reglas de la sana crítica -cuya esencia encaja en el denominado error de hecho por falso raciocinio-, mas ninguno de ellos es compatible con la naturaleza del invocado, acorde con lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala.

Ciertamente, conforme a criterio pacífico y reiterado, el error de derecho se verifica por los denominados falsos juicios de legalidad y de convicción.

El primero de ellos se presenta por doble vía. La primera, también conocida como aspecto positivo, se verifica cuando a un medio de prueba se le confiere validez jurídica tras suponer que satisface las exigencias formales de producción sin que en realidad las siga y, la segunda, o aspecto negativo, se configura frente a la situación contraria, esto es,

porque se considera que no las reúne, cumpliéndolas.

En ambos casos se exige del actor individualizar la prueba sobre la cual recae el vicio, especificar la formalidad legal omitida, por lo que es necesario referir a la norma que la contiene y señalar su trascendencia en relación con el fallo o, dicho de otro modo, que al marginarla y confrontarla con las demás pruebas cuya validez no se encuentra comprometida, en caso de que existan, las conclusiones y el sentido de la sentencia sufren modificación de manera favorable para el interesado. Si lo decidido no varía, la invalidación del medio de prueba carece de trascendencia para casar el fallo; pero si la invalidación de la referida prueba ilegal conduce a una providencia diversa, el yerro se torna trascendente e impone casar el fallo y proferir en su reemplazo la decisión que se ajuste a la nueva valoración probatoria. No escapa a su demostración, como es innato a todos los yerros de valoración probatoria, la obligación de corroborar que con el defecto de apreciación se vulnera una ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida.

La segunda, esto es, el faso juicio de convicción, se produce cuando se valora una prueba haciendo caso omiso del predeterminado crédito que la ley le ha otorgado.

Con el fin de demostrar adecuadamente este yerro, el casacionista debe identificar el medio de prueba que en su criterio fue apreciado contrariamente al valor otorgado por la ley; luego, precisar el o los preceptos legales en virtud de los cuales se asigna un específico valor probatorio al medio de prueba; después, determinar la trascendencia que tuvo la incorrecta apreciación del medio de prueba en la decisión impugnada y en favor del interés representado, lo cual comporta, como ya se ha precisado frente a los supuestos anteriores, la necesidad de demostrar que el fallo atacado no se mantiene con otros elementos de juicio y, por último, establecer la forma como se violó la ley sustancial con el defecto de apreciación, bien por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Ahora bien, lo más grave de estos dos primeros reparos es que, en esencia, se circunscriben a exponer el particular punto de vista que sobre la valoración de las pruebas tiene el censor, totalmente al margen de los errores admisibles en esta sede extraordinaria con la entidad de socavar el fallo impugnado.

Tal actitud, como mucho lo ha insistido la Sala, dista de la naturaleza del recurso de casación, en cuanto no tiene el carácter de tercera instancia y se ocupa de develar yerros que afectan la constitucionalidad o legalidad de la sentencia confutada, objetivo que no se logra, en materia probatoria, ofreciendo un particular punto de vista al respecto que, además, cede ante la doble presunción de acierto y legalidad que lo gobierna.

El tercer cargo de la demanda recae en los mismos defectos de lógica y argumentación expuestos, habida cuenta que en su interior postula, también con carácter meramente enunciativo, supuestos que corresponden a diversos motivos de nulidad, dejándose de lado que en esta materia la única forma de preservar claridad y evitar confusión, es mediante su desarrollo en cargos autónomos e independientes, según el aludido postulado del numeral cuarto del artículo 212 de la Ley 600 de 2000, amén de precisar cuál de ellas tiene mayor efecto nocivo frente a la actuación e instaurarlas conforme a ese orden, según lo enseña el denominado principio de prioridad.

Desconociendo tales directrices, el actor, de forma atropellada, comienza por referir a la irregularidad consistente en que a su patrocinado se lo acusó y condenó en primera instancia por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinador mientras que el ad-quem le atribuyó la calidad de autor, violando con ello el derecho de defensa y el debido proceso; al mismo tiempo advierte que esta última autoridad olvidó que el procesado era apelante único, que al implicado se lo declaró persona ausente sin haberlo citado a la última dirección suministrada en su hoja de vida, con lo cual también se transgredió el debido proceso y el derecho de defensa, y que esa misma corporación

resolvió la apelación sin integrarse debidamente conforme lo dispuesto en el artículo 236 del Código Penal Militar, lo cual también repercutió en detrimento del proceso como es debido.

Cada uno de estos puntos, en aras de preservar claridad argumental, ha debido plantearse por separado en cargos independientes expresando su correlativo efecto nocivo frente a la actuación procesal y, en ese orden, proponerlos de acuerdo con su alcance.

Aunado a ello, igualmente cada uno de estos planteamientos debía estar acompañado de su respectiva demostración de trascendencia, es decir que no basta, como lo hace incorrectamente el actor, con afirmar que se quebrantan determinadas garantías, sino que es menester ahondar en las razones que conducen a esa aseveración, las cuales brillan por su ausencia en la propuesta del libelista, máxime cuando es evidente que algunos de sus reclamos carecen de esa connotación.

En ese orden, por ejemplo, ninguna relevancia tiene, según lo ha sentado esta Colegiatura, que al procesado se lo haya acusado como determinador y condenado como autor, pues como lo tiene dicho la Corte (entre otras, CSJ AP, Jul. 27 2009, rad. 31111):

Así, tiene precisado la Sala (cfr. sentencia del 22 de junio de 2006, rad. 24824 y sentencia del 15 de junio de 2000, rad. 12372) que las variaciones en el fallo referidas a la forma de participación respecto de la modalidad deducida en el pliego acusatorio, en cuanto no comporten agravación punitiva, como ocurre con los grados de coautoría y determinación, no configuran desconocimiento de la consonancia o armonía que debe existir entre las dos providencias, siempre y cuando, claro está, tales modificaciones respeten el marco fáctico de la acusación.

Lo anterior se explica porque 'la ley no exige total identidad o armonía perfecta entre la acusación y la sentencia; lo constituido es una garantía de que el proceso gravite en torno a un eje conceptual, fáctico u jurídico, circunscrito a unos límites dentro de los cuales puede desenvolverse, que le permiten incluso cambiar el delito en cuanto su especie, siempre que no desborde el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria ni agrave la situación del sindicado' (entre otras, sentencia del 22 de junio de 2006, rad. 24824 y sentencia del 15 de junio de 2000, rad. 12372).

Es lo que se verifica en el caso de la especie dado que, como fácil se observa, el sentenciador de segundo grado al cambiar el grado de participación de los procesados... de coautores a determinadores, no introdujo hechos o varió los declarados en la resolución de acusatoria, como para de ahí colegir, como lo hace erróneamente el libelista, quebranto alguno al derecho de defensa por sorprender con esa modificación.

El Tribunal, en este caso, simplemente efectuó una precisión conceptual a partir de la misma realidad fáctica consignada en el proveído acusatorio según la cual la conducta de los procesados, consistente en pagar a un sujeto para que ejecutara el homicidio en la persona del periodista ... -con lo cual se habría hecho nacer en el sujeto determinado la idea criminal- encasilla dogmáticamente en el instituto de la determinación y no en la coautoría, como se venía sosteniendo a lo largo del proceso, mutación desprovista de injerencia alguna en la pena y de socavar las posibilidades defensivas, porque, se insiste, el aspecto fáctico se mantiene.

(...)

Como, entonces, sin dificultad se advierte que mientras que para el acusador y el

fallador de primer grado la conducta de los procesados ... hizo parte de la empresa criminal creada con el propósito de dar muerte a ..., para el juzgador de segundo grado se trató de un acto de determinación en el autor material, criterio dispar conceptual que lejos está de estructurar el pretextado vicio de incongruencia”.

Tal pretensión, además, evidencia un defecto de argumentación, en tanto el actor, dada la superficialidad de la propuesta, no rebate, como le era imperativo, este criterio jurisprudencial.

En cuanto a que el ad quem haya omitido que la defensa era apelante único, es necesario precisar que el actor no concreta el punto al cual refiere ni la consecuencia específica de esa situación y si con laxitud se entendiera que refiere a la prohibición de la reforma peyorativa, exigible por tal condición, no se ve de qué forma se consolidaría, porque lo que objetivamente se advierte es que dicha corporación en vez de perjudicar al procesado redujo las penas, tanto principales como accesoria, producto de aplicar la circunstancia prevista en el artículo 401 del Código Penal tras verificar el reintegro de lo apropiado, aspecto que no había sido considerado por el inferior¹.

En la misma dirección, resulta palmar que el censor también deja en el mero plano enunciativo el supuesto vicio referido a que la declaratoria de su defendido como persona ausente no fue precedida de la respectiva notificación previa a la última dirección registrada en su hoja de vida, al no explayar sobre la afectación concreta que esa irregularidad habría desencadenado frente a sus garantías o en perjuicio de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, conforme lo establece el numeral segundo del artículo 308 de la Ley 600 de 2000, norma que contiene los principios que orientan la declaratoria de las nulidades (principio de trascendencia).

Eso mismo ocurre con el último motivo de nulidad expuesto, según el cual al resolver la apelación el Tribunal no se integró conforme a lo dispuesto en el artículo 236 del Código

Penal Militar (Ley 522 de 1999), lo que habría repercutido en desmedro del debido proceso; sin embargo, como sucede con los anteriores yerros, no suministra las razones que apoyan su aserto.

De cualquier forma, se corrobora que la sentencia de segunda instancia fue suscrita por dos magistrados, con lo cual se cumplió el presupuesto de deliberación y decisión establecido en el artículo 54 de la Ley 270 de 2006, modificado por el 7° del Decreto Nacional 2637 de 2004.

Ahora bien, la cuarta censura propuesta en el libelo como subsidiaria acusa falencias mayores a las de los reparos precedentes. Para empezar, ni siquiera se postula con fundamento en alguna causal de casación, sino que contiene una protesta abierta frente a las determinaciones adoptadas de no otorgar a MACHADO ÁLVAREZ el subrogado de la condena de ejecución condicional y el sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Esa sola situación determina su inadmisión atendido el principio de taxatividad que regula el ejercicio casacional, por cuanto única y exclusivamente procede en el marco de las causales legales establecidas, de ahí que el numeral 3° del artículo 212 del estatuto procedimental exija de la demanda “la enunciación de la causal” en forma clara y precisa.

Ahora, que la negativa a conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional se haya sustentado exclusivamente en el artículo 71 del Código Penal Militar, como lo sostiene el actor, no amerita reparo alguno porque precisamente esa es la norma especial que regula los presupuestos para su otorgamiento.

Adicional a ello, cabe advertir que el reparo se estructura sobre premisas falsas, en tanto no es cierto que el argumento expuesto en ese sentido haya radicado exclusivamente en el carácter fiscal de los bienes apropiados, puesto que la negativa también se sustentó en que “el delito cometido y su modalidad resulta grave en la

organización de la Fuerza Pública y afecta de manera efectiva no sólo la administración sino el buen nombre de la institución militar”2.

Así mismo, riñe con la verdad el argumento del actor según el cual en esta materia existe un tratamiento desigual con los miembros de la Fuerza Pública por no existir jurisprudencia en relación con dichos beneficios, lo que resulta del todo incorrecto, en primer lugar, porque existe evidente similitud, por lo menos en lo que respecta a los requisitos objetivo y subjetivo, entre el artículo 71 del estatuto penal militar (Ley 522 de 1999, bajo cuyo cauce se tramitó este asunto) y el 63 original del Código Penal en punto de los presupuestos para su concesión.

En segundo lugar, dado que si ello es así correlativamente es profusa la jurisprudencia de la Corte sobre el particular en tanto aborda ampliamente esos presupuestos, cuya aplicación, por tanto, resulta indiscutible también para los miembros de la Fuerza Pública.

Al respecto, dígase por último que no se avizoran aplicables por favorabilidad los preceptos de la Ley 1709 de 2014 en relación con el subrogado en cuestión y la prisión domiciliaria, en tanto expresamente se excluyen en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal, modificado por el 32 de dicha normativa, para los delitos dolosos contra la Administración Pública, como el atribuido a MACHADO ÁLVAREZ.

Corolario de las falencias advertidas, cuya enmienda es inviable a tenor del principio de limitación que rige al recurso extraordinario, la Sala procederá a la inadmisión de la demanda, de acuerdo con la consecuencia procesal señalada en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000. Además, porque no se advierte que dentro del presente trámite o en la sentencia se hubiera incurrido en violación de garantías fundamentales que reclame su intervención oficiosa en los términos previstos en el artículo 216 ibídem.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de RAMÓN MACHADO ÁLVAREZ, atendiendo las razones expuestas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 600 de 2000, contra este proveído no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 A partir de la pág. 23 de este fallo.

2 Pág. 26 ibídem.