

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

AP4890-2016

Radicación N° 45.132

(Aprobado Acta N° 224

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio dos mil dieciséis

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO, contra la sentencia del 11 de septiembre de 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

I. HECHOS

El 28 de julio de 2012, a las 6:30 p.m. aproximadamente, tres hombres armados con pistolas y revólveres arribaron a la hacienda Las Margaritas, ubicada en el municipio de Bolívar (Santander), que había sido arrendada a Francisco Armando Garzón para el mantenimiento de machos de levante y ceba. Los sujetos, quienes se identificaron como miembros de las autodefensas bajo el mando de alias

“Guacharaco”, despojaron inmediatamente de sus teléfonos móviles a los trabajadores María del Carmen Arcila y Luis Daniel Benavides. Enseguida, llegó el “comandante Guacharaco” y aquéllos procedieron a registrar la casa en busca de una supuesta caleta de dinero.

Momentos después, cuando el encargado de la hacienda Alirio Vargas Benavides regresó, los asaltantes lo ataron de manos a él y a sus compañeros de trabajo y los encerraron en una habitación, quedando bajo custodia y vigilancia de uno de los agresores.

Los sujetos se apoderaron de elementos del ajuar doméstico, herramientas, productos agrícolas, comestibles y bienes muebles de propiedad del arrendatario de la hacienda y de sus empleados, que cargaron en una camioneta de estacas y un automóvil, identificados, en su respectivo orden, con las placas NVL-204 y NAH-208. Posteriormente, los individuos abandonaron el lugar, pero dejaron a los moradores de la casa maniatados y encerrados con candado.

A las 11:50 p.m., agentes de la Estación de Policía de Puerto Serviez detuvieron en un puesto de control la camioneta, conducida por ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO, en compañía de ÁNGELA MARÍA MEJÍA HIGINIO. Al hallar los policías una nevera, equipos de sonido, herramientas, fumigadoras, un revólver cargado con seis cartuchos y una escopeta calibre 16 con munición, dieron captura a aquéllos.

Enterados por una vecina que en Las Margaritas se estaba realizando un “trasteo”, los agentes pidieron apoyo a la patrulla GOES-Hidrocarburos, cuyos integrantes interceptaron al vehículo de placa NAH-208 a las 12:40 horas del 29 de julio. El Intendente Orlando Gonzáles Espitia identificó a sus ocupantes como EVER DE JESÚS LONDOÑO CANO, JOSÉ GABRIEL PÉREZ GÓMEZ y RUBÉN GANDEIRO QUIROZ MARTÍNEZ, quienes

llevaban en el carro un bolso azul, ropa, dos celulares, joyas y otros elementos cuya posesión no supieron explicar. Por esa razón, los trasladaron a la estación, donde se hizo evidente el vínculo entre EVER DE JESÚS LONDOÑO CANO y ÁNGELA MARÍA MEJÍA HIGINIO.

Así, establecido el nexa entre los dos automotores, sus ocupantes y lo informado en relación con la hacienda La Margarita, los policías se dirigieron a ese lugar a la 1:00 a.m. Encontraron a EDWIN ANDREY ARENAS RIAÑO, quien en una motocicleta cumplía la función de “campanero”, y tuvieron que derribar la puerta para rescatar a los tres trabajadores, quienes estaban amarrados y encerrados con candado. Al ser liberados, aquéllos dijeron haber sido víctimas de un grupo de desconocidos que se apoderaron de sus pertenencias y de elementos de la finca.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los referidos hechos, en audiencia del 30 de julio de 2012, celebrada ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Puerto Boyacá, luego de legalizarse las capturas, la Fiscalía imputó a ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO, ÁNGELA MARÍA MEJÍA HIGINIO, EDWIN ANDREY ARENAS RIAÑO, EVER DE JESÚS LONDOÑO CANO, JOSÉ GABRIEL PÉREZ GÓMEZ y RUBÉN GANDEIRO QUIROZ MARTÍNEZ, en calidad de coautores, la posible comisión del concurso heterogéneo de conductas punibles constituido por fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego (art. 365 inc. 3º, nums. 1 y 5 del CP)¹, hurto calificado agravado (arts. 239, 240 inc. 2º y 241-9 ídem)², secuestro (art. 168 ídem) y concierto para delinquir (art. 340 ídem). Tras no haber aceptado los cargos, el juez le impuso a los imputados la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Radicado el respectivo escrito ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Vélez, en audiencia del 22 de noviembre de 2012, la Fiscalía formuló acusación en contra de ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO, ÁNGELA MARÍA MEJÍA HIGINIO y EDWIN ANDREY

ARENAS RIAÑO por los cargos arriba mencionados³, modificando la imputación jurídica, con adición, respecto al hurto, de las calificantes contenidas en el art. 240 inc. 1º num. 2 y 3 del CP4, así como la circunstancia agravante del art. 241-10 ídem⁵, y con retiro del cargo por concierto para delinquir.

Posteriormente, el juez manifestó su impedimento para continuar tramitando el proceso, por cuanto, en su sentir, al haber conocido de la aceptación de cargos manifestada por EVER DE JESÚS LONDOÑO CANO, JOSÉ GABRIEL PÉREZ GÓMEZ y RUBÉN GANDEIRO QUIROZ MARTÍNEZ, en relación con la imputación por hurto calificado agravado -que conllevó a la ruptura de la unidad procesal-, se encontraba comprometida su imparcialidad (art. 56-6 de la Ley 906 de 2004). Sin embargo, mediante auto del 20 de febrero de 2013, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Vélez no aceptó el impedimento. En sustento de su decisión, adujo que al haber verificado la legalidad de la aceptación unilateral de responsabilidad, su homólogo no emprendió ningún tipo de valoración probatoria que pudiera comprometer su criterio.

Habiendo ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO, ÁNGELA MARÍA MEJÍA HIGINIO y EDWIN ANDREY ARENAS RIAÑO optado por ejercer su derecho a ser juzgados públicamente, se tramitó el juicio oral. Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio por los cargos formulados en la acusación, la correspondiente sentencia se dictó el 28 de marzo de 2014. Por encontrarlos penalmente responsables, en calidad de coautores, el juez los condenó a las penas principales de 20 años de prisión y multa en cuantía de 800 salarios mínimos legales mensuales, al tiempo que les impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso de 20 años.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por los defensores y ÁNGELA MARÍA MEJÍA HIGINIO en contra del fallo de primera instancia, la Sala Penal del Tribunal de San Gil, por medio de la sentencia del 11 de septiembre de 2014, lo modificó en el

sentido de excluir la agravante contenida en el art. 365-1 del CP, aclarando que, por no haber sido la única circunstancia de agravación imputada en relación con el delito de porte de armas de fuego, las penas impuestas permanecen incólumes. En lo demás, confirmó la decisión impugnada.⁶

Dentro del término legal, el defensor de ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, lo que motiva el conocimiento del proceso por la Corte.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

3.1 Sin contextualizar las razones expuestas por el Tribunal, por la vía de la violación directa de la ley sustancial, el censor se queja de que el recurso de apelación, por él interpuesto contra el fallo de primer grado, fue negado bajo el entendido que es el legislador quien, al configurar la política criminal, define los supuestos de hecho que constituyen las causales específicas de agravación de los tipos penales. Por consiguiente, alega, se interpretó erróneamente el principio constitucional del non bis in ídem. Pues, al haberse declarado la responsabilidad penal del acusado por los arts. 241-10 y 365-5 del CP, se presenta una doble incriminación cifrada en que dichas normas comprenden “un mismo acontecer jurídico”.

En ese sentido, prosigue, habiéndose probado que “la conducta” fue realizada por más de tres personas y que “el delito que se cometió fue el de hurto”, no podía imputarse el agravante del art. 365-5 del CP, ligada exclusivamente al delito de porte ilegal de armas. El fallador, puntualiza, sólo debió haber aplicado “por favorabilidad” el art. 241-10 ídem, por ser “el tipo penal más rico” y, en ese entendido, haberlo tomado como el delito base para individualizar la pena.

3.2 Por otra parte, atribuye a los falladores de segunda instancia la infracción directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del art. 168 del CP y falta de

aplicación del art. 171 ídem. Luego de aludir a la jurisprudencia de la Sala, en relación con el concurso aparente de tipos penales, asevera que el delito de secuestro “no existió”, como quiera que “las consideraciones expuestas [por el Tribunal] son contrarias a la realidad procesal que se logró probar”. En tal virtud, solicita a la Corte que, en aplicación de “la teoría del concurso aparente”, exonere a los procesados del delito de secuestro, en tanto la condena sólo debió haber sido dictada por hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas, pero no a título de coautoría -impropia-, sino de complicidad.

En esa dirección, continúa, habiéndose probado que ÉDGAR OSPINA MONTAÑO llegó después de las 9:00 p.m. al lugar de los hechos -porque así, insiste, quedó probado-, el Tribunal no puede afirmar que aquél haya obrado en calidad de coautor, pues no tuvo el codominio del hecho durante la fase ejecutiva. Además, resalta, habría tenido que demostrarse el conocimiento previo del ilícito; empero, subraya, como se probó que el señor OSPINA MONTAÑO tan sólo cometió una conducta de carácter policivo, sin ninguna relevancia penal -realizar un trasteo en horas nocturnas-, es claro que “la Fiscalía” no probó los elementos de la coautoría y, por ello, no se le puede condenar por ninguno de los delitos que se le imputaron.

De otro lado, añade, hay falta de aplicación del art. 171 del CP, por cuanto “no son ciertas las afirmaciones del Tribunal cuando afirma (sic) que la liberación de los retenidos se produjo como consecuencia del operativo policial y no por voluntad de los acusados”. En esa dirección, destaca, contrario a lo afirmado por el ad quem, cuando los policías llegaron a la hacienda, los delincuentes ya habían abandonado el lugar. De ahí que, dice, los residentes de la hacienda estaban libres, pues si bien se encontraban en estado de indefensión por estar amarrados, no es menos cierto que se hallaban solos, porque los supuestos secuestradores los dejaron voluntariamente. A partir de tales asertos, concluye, en caso de que se hubieran probado los hechos constitutivos de secuestro, debió haberse dado aplicación a la rebaja de pena contenida en la referida

norma y, por consiguiente, haberse dosificado la sanción penal tomando como base la pena para el hurto calificado agravado.

3.3 Finalmente, el libelista formula un último reproche por “violación indirecta de la ley sustancial”, fundado en el desconocimiento de la estructura del debido proceso. La base del reclamo por vulneración del art. 29 de la Constitución, expone, estriba en que el Tribunal negó la nulidad de la actuación, solicitada con fundamento en que el Juez 1º Penal del Circuito de Vélez no se declaró impedido para adelantar el juicio en contra de ÉDGAR OSPINA MONTAÑO, pese a que profirió decisiones el 27 de junio y 17 de octubre de 2013, producto de la aceptación de cargos por los otros coacusados. Tal irregularidad, dice, no puede ser subsanada por el hecho de no haberse recusado al juez, quien no garantizó la imparcialidad en el juzgamiento porque se refirió a cada uno de los elementos probatorios y evidencia física que presentó la Fiscalía. El funcionario judicial, resalta, estimó indebidamente que su competencia se prorrogó por no haber sido recusado, pero lo “ético, legal y justo”, enfatiza, era haberse declarado impedido y remitir el proceso al Juzgado 2º Penal del Circuito de Vélez para que allí se tramitara el juicio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1 De acuerdo con el art. 183 del CPP, la admisión de la demanda de casación supone su debida presentación. El censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa tanto las causales invocadas como sus fundamentos. Ello implica acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación, de cara al cumplimiento de alguno de sus fines (efectividad del derecho material, respeto de las garantías de los intervinientes, reparación de los agravios inferidos a éstos y unificación de la jurisprudencia).

Ese propósito no se consigue de cualquier manera. A voces del art. 184 inc.

2° ídem, no será admitido el libelo cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. Tampoco, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Tales exigencias derivan de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, enraizada en la presunción de acierto y legalidad inherente a los fallos de instancia. A partir de esta presunción, se asigna al censor la carga de acreditar que con la sentencia se causó un agravio, apoyándose para ello en las causales taxativamente consagradas en la ley.

De ahí que, como pacífica y reiteradamente viene diciendo la Corte, la debida sustentación implica desarrollar el ataque con arreglo a los requerimientos formales que impone la causal planteada y la lógica del cargo propuesto. Así mismo, hacerlo con sujeción a los principios de autonomía, no contradicción, coherencia y razón suficiente, para que el alcance de la impugnación se evidencie nítido y la Corte pueda dar a los reproches planteados una respuesta adecuada.

Además, en conexión con la exigencia de acreditación de la afectación de derechos fundamentales, la idoneidad sustancial de la demanda significa que sus cargos no sólo han de estar debidamente sustentados desde la perspectiva formal. Los reproches deben ser fundados, esto es, tener aptitud para propiciar la invalidación total o parcial de la sentencia, en el entendido que, de no haberse materializado el yerro, otra habría sido la decisión, o mostrarse idóneos para convocar a la Corte a asumir una postura jurisprudencial unificada alrededor del tema debatido, en cuanto logren evidenciar la violación de una norma sustancial o una garantía procesal.

4.2 Como a continuación se expondrá, en el asunto bajo examen la demanda incumple con las aludidas exigencias formales para estudiarla de fondo, al tiempo que se advierte su falta de idoneidad, de cara a la realización de los fines

inherentes a la casación, razones por las cuales será inadmitida.

4.2.1 De acuerdo con art. 181-1 del CPP, el recurso extraordinario de casación, entendido como control constitucional y legal, procede por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal llamada a regular el caso. La norma estatuye la modalidad de infracción directa o inmediata de la ley. Ello supone, entonces, que el error denunciado ha de contraerse a una mera oposición entre la sentencia y la ley, sin que tenga cabida la intermediación de aspectos probatorios, con base en los cuales el juez fija la premisa fáctica del silogismo jurídico.

En consecuencia, al escoger esta vía de impugnación, el recurrente acepta tanto la corrección de los enunciados fácticos fijados en la sentencia como el correspondiente escrutinio probatorio. Al respecto, mediante AP 25.04.2007, rad. 26.9238, la Sala puntualizó:

Por abundante doctrina jurisprudencial se sabe que cuando el censor elige [...] la violación directa de la ley se halla en el deber de aceptar los hechos, las pruebas y la valoración que de ellas se hizo en las instancias, y en tales circunstancias, no le es factible discutir cuestiones de facto, toda vez que la impugnación es de estricto orden jurídico y recae sobre la ley sustancial por una de estas razones: falta de aplicación o exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea.

En la misma decisión, la Corte describió las particularidades de las mencionadas eventualidades de error, en los siguientes términos:

Dentro de esa división tripartita de los sentidos de la violación directa, la falta de aplicación o exclusión evidente se presenta, por regla general, cuando el juez yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta,

debido a que ha incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o el espacio.

Por su parte, en la aplicación indebida, el juez desatina en la selección de la norma. El error se manifiesta en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto, ya que los sucesos procesalmente reconocidos no coinciden con las hipótesis condicionantes del mismo.

Finalmente, en la interpretación errónea, el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

Pues bien, a la luz de las anteriores premisas genéricas aplicables a la casación y específicas concernientes a la modalidad de infracción, salta a la vista que los cargos por violación directa (nums. 3.1 y 3.2) carecen de aptitud formal y sustancial.

Como con anterioridad se reseñó, el censor se queja de múltiples errores de adecuación normativa, cifrados en la aplicación indebida del art. 168 del CP, la falta de aplicación del art. 171 ídem, la indebida aplicación del art. 365-5 del CP y la errónea atribución de responsabilidad al acusado a título de coautor, cuando lo correcto, dice, era hacerlo en el grado de complicidad. Mas en sustento de tales reproches no desarrolla ninguna argumentación indicativa de que el ejercicio de selección normativa o la hermenéutica aplicada por los falladores son equivocadas, como tampoco ofrece razones para sustentar que su criterio es más adecuado desde el plano interpretativo. Es decir, la censura no estriba en meros aspectos de oposición entre la sentencia y la ley, aplicables a la construcción de la premisa jurídica de la decisión.

En lugar de ello, el libelista estructura los reclamos a partir del desconocimiento de las premisas fácticas fijadas en las decisiones confutadas. Ello es así, por cuanto, en lugar de demostrar por qué los hechos que los juzgadores declararon probados no

realizan la descripción típica del delito de secuestro (art. 168 CP), pregona, por una parte, que las consideraciones de los falladores de instancia son contrarias a la realidad procesal “que se logró probar”; por otra, que no son ciertas las afirmaciones del Tribunal en relación con la liberación de las víctimas por parte de los policías.

Sobre este último particular, además, el reproche se torna manifiestamente contradictorio, como quiera que el censor niega la adecuación típica de los hechos en la conducta punible de secuestro, pero al mismo tiempo demanda la aplicación de una diminuyente punitiva que presupone la existencia de un secuestro, con posterior liberación voluntaria de la víctima (art. 171 inc. 2º CP).

De otro lado, en lo que concierne al reproche dirigido contra la imputación jurídica de los hechos a los acusados, a título de coautoría impropia, no de complicidad como lo pretende el libelista, se advierte que la base del reclamo también es un cuestionamiento de la realidad fáctica construida en las instancias. Como se extracta del fallo de segundo grado⁷, para el Tribunal, se probó que ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO, ÁNGELA MARÍA MEJÍA HIGINIO y EDWIN ANDREY ARENAS RIAÑO prestaron contribución objetiva a la consecución del resultado común, en el que cada uno de ellos tuvo dominio funcional del hecho, con división del trabajo criminal, en cumplimiento de un acuerdo previo a la comisión de las conductas punibles.

Ello lo infirieron los juzgadores ad quem a partir del hallazgo de armas de fuego en la camioneta de estacas conducida por ÉDGAR EDUARDO OSPINA, donde también se transportaban, a altas horas de la noche, los bienes hurtados de la hacienda. Además, se advierte en la sentencia, habiendo ÁNGELA MARÍA manifestado en ese momento a los policías que se estaba mudando porque su esposo la maltrataba, ello quedó sin piso cuando, en la estación de policía, se puso en evidencia que el cónyuge de aquélla era EVER DE JESÚS LONDOÑO CANO, quien fue capturado en un lugar diferente transportando bienes en el otro vehículo. Tales circunstancias, para el Tribunal, son

indicativas de que sí existía un plan delictivo en el que cada uno de los acusados desempeñaba un rol específico.

Y esa realidad fáctica es la que desconoce el libelista al fundar su reclamo por una supuesta adecuación errónea de los hechos en la categoría normativa de autoría. Pues la participación de ÉDGAR OSPINA MONTAÑO, a título de cómplice, la fundamenta en premisas de hecho diversas, no reconocidas por los falladores de instancia, a saber: que aquél arribó a la hacienda a las 9:00 p.m. y que su conducta sólo se limitó a efectuar un trasteo nocturno con infracción de normas policivas.

Así, al cuestionar los fundamentos fácticos de la decisión, la censura desbordó la unidad lógica de los reproches por violación directa, vulnerando los principios de coherencia y no contradicción, lo que desemboca en el incumplimiento de las exigencias de claridad y precisión. Por consiguiente, desde la perspectiva técnico-formal, existe razón suficiente para inadmitir los reproches en cuestión.

Por último, de cara al reclamo por aplicación indebida del art. 365-5 del CP8, que el censor articula con el supuesto desconocimiento de la garantía del non bis in ídem, la Corte advierte su incorrección tanto formal como material.

En el fondo, al solicitar que se aplique únicamente la circunstancia agravante contenida en el art. 241-10 del CP9, con supresión de la prevista en el art. 365-5 ídem, por tratarse de “un mismo acontecer jurídico” que no puede ser sancionado dos veces, el demandante plantea una problemática de concurso aparente. Como lo ha clarificado la Sala (CSJ AP 27.80.2014, rad. 42.006), el concurso aparente de conductas punibles requiere: i) unidad de acción, esto es, una sola conducta que encuadre formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo ha de ser subsumida en una de ellas; ii) una única finalidad perseguida por el agente y iii) lesión o puesta en peligro de un solo bien jurídico.

Sin embargo, en el desarrollo del cargo se echa de menos una argumentación atinente a los criterios de resolución de dicha modalidad de concurrencia aparente de disposiciones penales -especialidad, subsidiariedad, alternatividad o consunción-, indicativa de las razones por las cuales, en virtud de alguno de los mencionados principios, habría que descartar, en el presente caso, la adecuación de las conductas en la agravante del art. 365-5 del CP. En lugar de ello, el censor invoca incorrectamente el principio de favorabilidad, pese a que no se discute ningún problema de aplicación de la ley penal en el tiempo. Por consiguiente, ante la ausencia de una sustentación suficiente del cargo, éste resulta inadmisibile desde el plano formal.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala encuentra que, en todo caso, dicha censura también carece por completo de aptitud sustancial. El concurso aparente de tipos penales es del todo inaplicable para resolver la problemática formulada por el libelista, por cuanto presupone unidad de acción, es decir, que una misma conducta pueda adecuarse simultáneamente en varias disposiciones, que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo una de ellas, en consecuencia, la llamada a ser aplicada, so pena de vulnerar el non bis in ídem (CSJ SP 18.02.2000, rad. 12.820).

En ese sentido, fácil se advierte que la adecuación jurídica de los hechos adoptada en las sentencias no se basa, en relación con las aludidas circunstancias agravantes, en la subsunción normativa de un único comportamiento, sino en pluralidad de conductas agravadas, lo que, ab initio, deja desprovisto al cargo de cualquier vocación de prosperidad.

En efecto, la descripción típica del hurto (art. 239 CP) se ve integrada, a fin de agravar la pena, por la concurrencia de varias personas en el apoderamiento de cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para otro (art. 241-10 ídem). Bien se ve, entonces, que la conducta requerida para configurar esta agravante es

simplemente la comisión mancomunada del hurto, que se puede cometer sin utilizar armas para ello; mas si en su ejecución se emplean armas, esta última situación constituye un comportamiento adicional.

A su vez, el tipo básico de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 inc. 1º CP) encuentra realización cuando el sujeto, entre otras modalidades, porta o transporta dichos artefactos de defensa personal sin permiso de autoridad competente. Si en la ejecución de las conductas de portar o transportar participan varias personas, la pena dispuesta para el delito se duplica (art. 365 inc. 3º, num. 5º ídem). De suerte que, en tanto delito de peligro, la realización del tipo básico afecta, sin más, el bien jurídico de la seguridad pública, con elevación del juicio de reproche si hay coparticipación criminal.

4.2.2 Por otra parte, de cara al último cargo (num. 3.3), si bien el impugnante lo rotuló -incorrectamente- como “violación indirecta de una norma de derecho”, de la sustentación se extracta con claridad que la censura únicamente propende por la declaratoria de nulidad de la actuación. Ello, en tanto el censor -sin desarrollar ninguna eventualidad perteneciente al art. 181-3 del CPP- no sólo denuncia la afectación estructural del debido proceso, sino que adicionalmente afirma la conculcación de la garantía fundamental de imparcialidad judicial.

Empero, la Corte advierte defectos de sustentación que impiden la admisión del reclamo por nulidad. El adecuado planteamiento de la censura por la vía de los arts. 181-2 y 457 inc. 1º del CPP supone cumplir con las exigencias legales y jurisprudenciales pertinentes. En esa dirección, la Corte ha clarificado que la alegación de nulidades ha de ajustarse a los principios concurrentes de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad (cfr., entre otros, CSJ AP 09.03.2011, rad. 32.370 y AP 30.11.2011, rad. 37.298).

Bajo tales premisas, salta a la vista la insuficiencia formal y sustancial del cargo. La simple alegación consistente en que se violó el debido proceso porque el fallador de primera instancia juzgó al aquí acusado, pese a que verificó la legalidad de la aceptación de culpabilidad de los demás coacusados, a quienes también sentenció, lejos está de satisfacer los estándares mínimos para ser admitido, a fin de estudiar la posibilidad de anular la actuación por afectación del debido proceso y vulneración de garantías fundamentales.

Para ello, junto a otros aspectos, el libelista debió haber demostrado que la actuación del funcionario a quo vulneró la garantía de imparcialidad en cabeza del acusado, la trascendencia del yerro y que con su conducta procesal no lo convalidó. Además, en punto de la acreditación y la trascendencia, la jurisprudencia ha clarificado que la causal de impedimento y recusación consagrada en el art. 56-6 del CPP no se configura automáticamente, sino que es necesario demostrar en cada caso particular por qué la imparcialidad, ecuanimidad, independencia o equilibrio podrían afectarse frente a cada uno de los implicados por la participación previa del juzgador en el proceso (CSJ SP 27.08.2014, rad. 44.475).

En eventos de ruptura de la unidad procesal por aceptación de cargos por coacusados, según la aludida decisión, tendría que identificarse si la actividad del juez se extendió a la valoración de elementos probatorios o de información susceptible de convertirse en prueba, así como habría que indicar, en concreto, cómo y de qué manera las apreciaciones anteriores inciden en el ánimo del fallador al conocer el asunto en ocasiones posteriores. Empero, por echarse de menos una argumentación suficiente en ese sentido, la pretensión de anulación es inadmisibles. Pues, pese a que el libelista alude genéricamente a que el funcionario judicial examinó elementos materiales probatorios y evidencia física, no emprendió ningún análisis individualizado para acreditar que el examen de determinados medios de conocimiento en el procedimiento abreviado pudo incidir en el escrutinio probatorio

emprendido en el juicio oral respecto a los aquí acusados, por afectación de la imparcialidad del juez de conocimiento.

Y es que el censor está en imposibilidad de demostrar cuáles apreciaciones, en concreto, incidirían en el ánimo del fallador al conocer asuntos posteriores, por cuanto apenas aludió a las decisiones del 27 de junio y 17 de octubre de 2013 -proferidas por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Vélez-, para afirmar la existencia de un impedimento por participación previa en el proceso, sin poner siquiera de manifiesto cuál es su contenido ni contarse en esta actuación con ellas. Además, pasa por alto que, por medio de auto del 20 de febrero de 2013 el Juzgado 2º Penal del Circuito de Vélez no aceptó el impedimento manifestado por el juez en la audiencia de acusación, mientras mediante decisión del 4 de marzo de 2013¹⁰, la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil negó el impedimento exteriorizado por el funcionario en la audiencia preparatoria, sin refutar de ninguna manera la motivación consignada en dichos proveídos.

Ahora, si como lo afirma el libelista, al proferir la sentencia en contra de los coacusados que se allanaron se presentaban situaciones novedosas que afectaban la imparcialidad del fallador, no cobijadas por los autos que no aceptaron los impedimentos, es claro que la defensa podía recusar al funcionario en el desarrollo del juicio. Sin embargo, revisada la actuación con posterioridad al 17 de octubre de 2013 -fecha en que se habría dictado la sentencia en contra de EVER DE JESÚS LONDOÑO CANO, JOSÉ GABRIEL PÉREZ GÓMEZ y RUBÉN GANDEIRO QUIROZ MARTÍNEZ- se echa de menos cualquier manifestación de la defensa en ese sentido. Así, inobjetablemente, aun admitiendo hipotéticamente el cumplimiento de los principios de acreditación y trascendencia, no se superaría el criterio de la convalidación.

4.3 En consecuencia, no habiéndose presentado ninguno de los cargos en casación con respeto de los estándares mínimos para su estudio de fondo, es innegable su indebida fundamentación. Ello constituye razón suficiente para inadmitir la

demanda.

Además, la Sala no advierte la presencia de supuestos justificantes para superar los defectos del libelo con el propósito de decidirlo de fondo o emitir un pronunciamiento oficioso en casación, de conformidad con el art. 184 inc. 3º del CPP.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de ÉDGAR EDUARDO OSPINA MONTAÑO.

ADVERTIR que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 184 inc. 2º de la Ley 906 de 2004, contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia, con atención de las reglas definidas jurisprudencialmente por la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Agravantes consistentes en la utilización de medios motorizados para cometer la conducta y obrar en coparticipación criminal.

2 Por haberse cometido el hurto con violencia sobre las personas, en lugar despoblado y solitario.

3 En esa oportunidad, EVER DE JESÚS LONDOÑO CANO, JOSÉ GABRIEL PÉREZ GÓMEZ y RUBÉN GANDEIRO QUIROZ MARTÍNEZ aceptaron el cargo de hurto calificado agravado.

4 Poner a las víctimas en condiciones de indefensión o inferioridad y cometer el hurto mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas.

5 Por haberse cometido el hurto por dos o más personas que se reunieron para ello.

6 Así mismo, puso de presente que si bien el Juzgado olvidó imponer la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, para preservar la

garantía constitucional de la non reformatio in pejus, se abstenía de adicionar la sentencia en ese sentido.

7 Cfr. fls. 42-45 de la sentencia del 11 de septiembre de 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil.

8 Causal de agravación del porte de armas por obrar en coparticipación criminal.

9 Circunstancia de agravación para el hurto cuando es cometido por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para ejecutarlo.

10 Fls. 15-27 cuaderno del juicio.