

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP17467-2016

Radicación N°. 43.941

(Aprobado acta N°. 387)

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide de fondo sobre la demanda de casación presentada por el defensor del Teniente Juan Carlos Modesto Betancourt contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2014 de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual confirmó la emitida el 8 de octubre de 2012 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó en calidad de autor del delito de homicidio agravado

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por las instancias en los siguientes términos:

El 14 de septiembre de 1993, a las 3:30 horas la patrulla del ejército nacional (sic) a cargo del teniente JUAN CARLOS MODESTO BETANCOURT, adscrita al batallón de Infantería número 32, salió hacia la finca “El Caballo” a realizar labores de registro. En dicho desplazamiento, siendo las 4:30 horas en la vereda Cañaflechal del

municipio de Necoclí, fue muerta una persona de sexo masculino, identificada como DAGOBERTO FLOREZ ALTAMIRANDA por miembros de esa patrulla.”¹

2. Estos hechos fueron puestos en conocimiento del Comando de Batallón de Infantería No. 32 del Ejército Nacional, en el informe del 14 de septiembre de 1993, suscrito por el subteniente Juan Carlos Modesto Betancourt².

3. Al día siguiente, un funcionario de la Oficina de Instrucción Penal Militar Especial profirió resolución de apertura de investigación previa³.

4. El 20 de abril de 1995 el Juez 36 de Instrucción Penal Militar declaró formalmente abierta la investigación y ordenó la vinculación, a través de indagatoria, de los soldados Jhon Jairo Jaramillo Díaz y Javier Mauricio López Calao⁴, a quienes el 23 de octubre del mismo año, les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva⁵.

5. El 30 de noviembre posterior, se dispuso vincular mediante injurada a «la totalidad de personas que integraban la patrulla militar que al mando del ST. MODESTO BETANCOURT JUAN CARLOS, le causaron la muerte al señor FLOREZ A (sic) ALTAMIRANDA JUAN CARLOS»⁶.

6. A los indagados: CT. Henry Piraquive Caicedo y TE. Juan Carlos Modesto Betancourt el 7 de mayo de 1996 se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva⁷. El 11 de junio posterior se adoptó idéntica decisión respecto del SL. Wilmar Morales Teherán⁸.

7. El 5 de mayo de 1997 se declaró cerrada la instrucción⁹.

8. El 9 del mismo mes el Comandante de la Decimoséptima Brigada del Ejército Nacional profirió resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, con

intervención de vocales, contra Juan Carlos Modesto Betancourt, Wilmar Morales Teherán y Jhon Jairo Jaramillo Díaz por el delito de homicidio. Igualmente, se abstuvo de proceder en ese sentido respecto de Henry Piraquive Caicedo y Javier Mauricio López Calao¹⁰.

9. El 9 de septiembre ulterior se celebró el Consejo Verbal de Guerra, al cabo del cual los vocales votaron por eximir de responsabilidad a los acusados¹¹.

10. Mediante sentencia del 19 de dicho mes, el presidente del Consejo de Guerra acogió el referido veredicto y, en consecuencia, absolvió a los procesados del cargo imputado y les concedió la libertad provisional¹².

11. En ejercicio del grado jurisdiccional de consulta, el 27 de mayo de 1998, el Tribunal Superior Militar, atendiendo los alegatos de la delegada del Ministerio Público, se inhibió de conocer el proceso por carecer de competencia y ordenó remitir la actuación al Tribunal Superior de Antioquia¹³.

12. En auto del 6 julio posterior, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia declaró la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación¹⁴.

13. Las diligencias correspondieron a la Fiscalía 36 Seccional de Turbo¹⁵, despacho que el 16 de septiembre del referido año declaró clausurada la instrucción¹⁶, decisión que fue confirmada el 24 de junio de 2005, tras el recurso de reposición interpuesto por el representante del Ministerio Público¹⁷.

14. Con fundamento en una petición de nulidad invocada por el nuevo defensor contractual de Juan Carlos Modesto Betancourt, se invalidó la actuación desde la decisión que dejó en firme el cierre, a efecto de que este fuera notificado personalmente a algunos sujetos procesales, entre ellos, a su representado¹⁸.

15. El mérito del sumario se calificó el 27 de julio de 2009 con resolución mixta de acusación contra Juan Carlos Modesto Betancourt, en calidad de presunto autor responsable del delito de homicidio agravado (artículos 323 y 324.7 del Decreto Ley 100 de 1980) y de preclusión, por el mismo punible, a favor de Henry Elías Piraquive Caicedo, John Jaramillo Díaz y Wilmar Morales Teherán. Además, el ente instructor se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento a Modesto Betancourt¹⁹.

16. Contra el pliego de cargos, la defensa interpuso recurso de apelación²⁰, pero el 24 de junio de 2011 el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal Superior de Antioquia confirmó el proveído recurrido y ordenó compulsar copias contra los demás uniformados implicados en los hechos y la fiscal de primer nivel, en razón de la preclusión decretada a favor de 3 de los investigados y de la no imposición de medida de aseguramiento en contra del acusado²¹.

17. El asunto le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, despacho que el 27 de febrero de 2012 ordenó correr el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000²².

18. La audiencia preparatoria se celebró el 23 de abril de 2012²³, y la pública de juzgamiento inició el 5 de junio siguiente²⁴ y concluyó el 6 de julio de esa anualidad²⁵.

19. Mediante sentencia del 8 de octubre ulterior, se negó una petición de prescripción intentada por la defensa y se declaró penalmente responsable a Juan Carlos Modesto Betancourt, en calidad de autor, del delito de homicidio agravado. En consecuencia, se le impuso la pena principal de veintitrés (23) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años. También, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria²⁶.

20. Inconforme con el fallo de primera instancia, el defensor interpuso recurso de apelación²⁷, pero el 5 de febrero de 2014 fue confirmado por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia²⁸. En la misma decisión se negó una nueva petición de prescripción elevada por el apoderado convencional del procesado y una solicitud de nulidad invocada por un abogado que dijo haber obtenido su mandato de la esposa del acusado, en razón a que este estaba privado de la libertad en los Estados Unidos²⁹.

21. Contra este proveído el nuevo apoderado contractual interpuso³⁰ y sustentó³¹ oportunamente el recurso extraordinario de casación, el que se admitió mediante auto del 4 de mayo de 2015³².

22. El 17 de marzo del año en curso, el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal allegó el concepto de rigor³³.

LA DEMANDA

Previa identificación de los sujetos procesales, el recurrente cita los hechos como fueron concebidos por las instancias y sintetiza la actuación procesal y la sentencia impugnada para, luego, invocar la causal primera del artículo 220 -no identifica de qué ordenamiento-, modificado por el canon 3º de la Ley 553 de 2000, con ocasión de la vulneración de la garantías de defensa y debido proceso.

En desarrollo del único cargo propuesto se apoya en la causal tercera del artículo 304 del «Decreto 2700 de 1995 (sic)»³⁴ y, de acuerdo con los preceptos 136 y 137 ejusdem, destaca cómo su representado «es un sujeto procesal autónomo e independiente de la defensa, pues no en vano la norma que regía para la época de los hechos, así los definía»³⁵.

Además, destaca, los artículos 29 de la Constitución Política, 14.1 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos radican en el procesado la facultad de participar activa o pasivamente en la actuación, en garantía de sus derechos al debido proceso y a la defensa material.

En concepto del letrado, se vislumbra una causal de nulidad objetiva, toda vez que, de conformidad con los artículos 186 y 188 del Código de Procedimiento Penal de 1991, al enjuiciado le asistía el derecho a ser notificado personalmente de la resolución de acusación, máxime si contra esta decisión procedían los recursos ordinarios de reposición y apelación, en los términos del canon 196 ejusdem.

En este punto, se queja de que el Tribunal haya equiparado a su asistido con el jurista que lo representaba, pues su asistido sería «quien no sólo tendría que cargar con las consecuencias que traen de suyo una sentencia de condena –no el defensor-, sino que es quien conoce de primera mano y en forma detallada las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que se le endilgan, no así el defensor.»³⁶

Según lo afirma el censor, las referidas disposiciones no fueron acatadas porque, aunque puso en conocimiento del Tribunal que su asistido había sido extraditado, esto «no le mereció reparo alguno al punto de expedir una sentencia en su ausencia, lejos de todas las garantías constitucionales»³⁷.

Informa que, de conformidad con el concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia del 19 de febrero de 2009, dentro del radicado 30.142, y la Resolución No. 094 de marzo de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 47.304, su representado fue extraditado, habiendo sido capturado el 8 de abril de 2008, por razón de la orden de captura expedida por el Fiscal General de la Nación del 8 de enero anterior.

Esto significa, señala, que para cuando se dictó el pliego de cargos -27 de julio de 2009-, su prohijado estaba privado de la libertad, con fines de extradición, en una cárcel colombiana, a órdenes de los Estados Unidos, situación que descarta la similitud con un

caso mencionado por el ad quem en su providencia.

En criterio del letrado, dado el carácter unitario de la Fiscalía General de la Nación y que su titular fue el que expidió la orden de captura con fines de extradición en contra de su prohijado, «es totalmente exigible que ese conocimiento de su aprehensión recayera en toda la institución, sin que sea dable (...) esgrimir extrañeza o desconocimiento frente a este hecho notorio de su detención, independientemente de los fines o la calidad que el detenido tuviera.»³⁸

En este sentido, atribuye la violación del derecho de defensa al ente acusador y a los falladores, y asevera que, una vez producida la aprehensión de Modesto Betancourt, el primero estaba obligado a informar tal circunstancia a todas las autoridades judiciales, so pena de vulnerar el debido proceso y el habeas data.

Agrega que la contradicción y la defensa pudieron garantizarse permitiendo la presencia de su asistido a través de videoconferencia o cualquier otro medio tecnológico.

A continuación, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional, alude, en extenso, al derecho de defensa como límite a la arbitrariedad de los agentes estatales y a la emisión de una condena injusta, así como a la finalidad de las notificaciones de cara a dicha garantía, para insistir en que su procurado debió ser enterado personalmente de la calificación sumarial.

En este punto, arguye que la falta de comparecencia al proceso no le es atribuible a su defendido, pues además que lo último que conoció fue el cierre de la investigación, él estaba privado de la libertad ad portas de ser extraditado, y «no le era posible estar atento a las actuaciones que se surtían en su contra dentro del proceso que se le seguía, menos le permitió conocer el contenido de la resolución de acusación que se efectuó en su contra (...)»³⁹.

Enseguida, cita jurisprudencia constitucional acerca del derecho al habeas data y concluye que

en aquellos eventos en que una persona se encuentre privada de la libertad y en su contra existan otras causas penales, es deber del Estado, en desarrollo armónico de sus distintos entes, lograr una adecuada conformación de sus bases de datos para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de los procesados, lo que deja claro que las autoridades judiciales, acudiendo a la información actualizada, veraz y confiable, que les suministra quienes administran los bancos de datos estatales, deben citar o poner en conocimiento a las personas vinculadas a las actuaciones judiciales, a efectos de que puedan ejercer su derecho de defensa.⁴⁰

Tras aludir al deber de la Fiscalía de llevar un registro de las personas vinculadas a un proceso penal, consagrado en el artículo 129 de la Ley 906 de 2004, solicita declarar la nulidad de la actuación a partir de la resolución de acusación.

Para cerrar, critica al fallador plural por apoyarse en una decisión de la Corte que no se corresponde con la situación del acusado, razón por la que considera que «estamos también frente a una indebida argumentación y sustentación frente al recurso de apelación, pues se pasa por alto aquel principio jurídico que establece que a iguales hechos o razón, igual derecho o aplicación legislativa e, indiscutiblemente, igual decisión (Ubi eadem ratio, ídem jus)»⁴¹.

A juicio del recurrente, el yerro es trascendente porque se le cercenó al procesado la posibilidad de acudir a su propio juicio y la de presentar pruebas y controvertir las aducidas en su contra.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal solicita no casar la sentencia

impugnada, conforme a las siguientes razones:

Para empezar, previa referencia a los derechos al debido proceso y a la defensa, así como a los principios de trascendencia e instrumentalidad de las formas que rigen la declaración de las nulidades, hace un recuento de la actuación procesal, tras lo cual admite que no se notificó de la resolución de acusación al sindicado privado de la libertad, irregularidad que, en todo caso, encuentra irrelevante en la medida que de ella fue enterado el defensor que contrató -Libardo Puello Escobar- para que lo asistiera, en adelante, en la actuación tramitada ante la jurisdicción ordinaria.

Dicho profesional del derecho no solo impugnó el pliego de cargos, que fue confirmado por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia el 24 de junio de 2011, sino que lo representó durante el juicio y apeló el fallo de primera instancia de carácter condenatorio.

En ese orden, al amparo del principio de trascendencia, el delegado opina que «esta negligencia de las instituciones del Estado respecto a la actualización de los datos del procesado, no fue consecuente a la violación del derecho de defensa del procesado y mucho más si estuvo representado por su abogado contractual durando todo el proceso ordinario»⁴².

Añade que aunque el enjuiciado no recibió las comunicaciones por cuyo medio lo enteraban de la resolución de acusación, no es posible obviar que ellas le fueron enviadas a la dirección registrada por Modesto Betancourt, lo que no implica que el diligenciamiento se haya realizado materialmente a sus espaldas o que se coartaran sus posibilidades defensivas, porque el derecho de defensa se le garantizó al estar representado por un abogado de confianza, que solicitó pruebas, interpuso recursos y reclamó la prescripción de la acción penal.

En todo caso, atendiendo los lineamientos de la sentencia CC C-T-105 de 2010, enfatiza

en el deber de las autoridades encargadas de actualizar las bases de datos en relación con las personas privadas de la libertad.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico planteado se circunscribe a establecer si, como lo predica el demandante, la falta de notificación personal del pliego de cargos al acusado, privado de la libertad en un establecimiento carcelario en Colombia, por razón de una solicitud de extradición, constituye una irregularidad sustancial, lesiva del derecho de defensa del enjuiciado, con la entidad necesaria para invalidar la actuación.

2. El derecho de defensa es una garantía fundamental autónoma, ligada inescindiblemente al debido proceso, el cual permite garantizar la realización de otras prerrogativas esenciales, tales como la libertad (CC T-436 de 1992).

2.1. Ahora bien, cumpliendo con el mandato del artículo 29 de la [Constitución Política](#), que prevé que en todo tipo de actuaciones judiciales se debe garantizar el debido proceso, el legislador ha regulado varios mecanismos idóneos y eficaces para ejercer a cabalidad el derecho de defensa dentro del proceso penal, a favor de quien haya sido objeto de una incriminación delictiva, para lo cual puede, en los regímenes adjetivos de 1991 y 2000, entre otras cosas, pedir al funcionario instructor que le reciba versión libre o indagatoria, impetrar nulidades, solicitar pruebas, ejercer el contrainterrogatorio frente a las de carácter testimonial de cargo, solicitar la aclaración o complementación de las pericias o incluso su objeción e interponer recursos de reposición y apelación - especialmente, impugnar de forma horizontal el cierre de la instrucción y de forma vertical la resolución de acusación y la sentencia condenatoria- y acudir al recurso extraordinario de casación.

A su vez, para que el acusado -defensa material- pueda hacer uso de cada una de esas garantías, el operador judicial está obligado a proporcionar los medios para que pueda

acceder a los mismos, de tal forma que le debe suministrar un abogado que ejerza su defensa técnica o permitir que, a sus expensas, se provea de uno, así como le corresponde a la judicatura decidir sobre los aspectos procedimentales y sustanciales puestos a su conocimiento y enterar, oportunamente, a las partes y demás sujetos procesales de las decisiones adoptadas a efecto de que estos puedan controvertirlas.

Todas estas herramientas procesales garantizan que el ejercicio del derecho de defensa, en el marco de la persecución penal, de naturaleza en esencia desigual, sea una realidad, facilitándole al ciudadano repeler, en condiciones de semejanza, el ataque frontal del Estado y salvaguardar su presunción de inocencia como prerrogativa mínima orientada a afianzar el derecho a la libertad.

2.2. Entre tales instrumentos, cobra especial importancia el de notificación de las providencias judiciales, en la medida que solo cuando las partes e intervinientes conocen lo decidido por la autoridad encargada de definir el asunto, se habilita la oportunidad efectiva e idónea de que los sujetos procesales elaboren la estrategia más acorde a sus intereses o muestren su inconformidad mediante los recursos de ley -auditor el altera pars-.

Sobre la relevancia sustancial del acto normado de notificación, la Corte Constitucional, desde sus primeras decisiones, se ocupó de resaltar que «[e]l derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso. La notificación, presupuesto esencial para que una parte pueda ejercitar su derecho de defensa, no puede ser reducido a mero requisito de forma y sobre el juez recae la obligación de garantizar el derecho fundamental a ser notificado de conformidad con la ley de manera efectiva y real.» (CC T-006 de 1992)

Y más adelante, sostuvo (CC T-1049-2012):

2.5.1 La notificación es el acto mediante el cual se pone en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las providencias proferidas por autoridades judiciales y administrativas. Sin embargo, su realización no es solo una formalidad. La notificación adquiere trascendencia constitucional en la medida en que este acto procesal permite a la persona adquirir conocimiento de las decisiones que le conciernen y establecer el momento exacto en que empiezan a correr los términos procesales, de modo que se convierte en presupuesto para ejercer los derechos de defensa y contradicción en todas las jurisdicciones⁴³.

2.5.2 En materia penal, la Corte ha dicho que las notificaciones adquieren especial importancia por cuanto un proceso indebidamente notificado puede culminar en la condena judicial de un ciudadano, en la pérdida de la presunción de inocencia, y en la obligación de soportar el ejercicio del poder sancionador del Estado, que le impone límites al goce de sus derechos fundamentales a la libertad de locomoción, la libertad personal, etc., por un espacio considerable de tiempo⁴⁴.

Igualmente, de tiempo atrás, la Sala de Casación Penal ha entendido que «[p]resupuesto fundamental para controvertir el ejercicio de la jurisdicción, es el conocimiento de los proveídos a través de los cuales se materializa su actividad. De ahí que el legislador haya previsto la necesidad-garantía de informar a las partes intervinientes en el proceso penal de aquellas decisiones que por resultar adversas a sus intereses o afectar el decurso de la actuación, son susceptibles de oposición a través de los recursos previstos en la normatividad procesal, permitiendo así el ejercicio del derecho de defensa como garantía integrante del debido proceso.» (CSJ AP, 19 sep. 1996, rad. 11.728).

De similar manera, ha definido (CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 30.361):

La notificación es el acto jurídico por medio del cual se hace saber o se ponen en

conocimiento de las partes e interesados, en forma real o presunta, las providencias - autos o sentencias- dictadas en curso de la indagación preliminar, la investigación, el juicio o la ejecución.

En tales condiciones, la notificación se erige como acto procesal de suma importancia dentro de las actuaciones judiciales, en claro sustento del debido proceso y del derecho de defensa, en la medida en que ese acto de comunicación señala, incluso, el inicio de los términos legales que corren desde el día siguiente al de la notificación.

Se sabe que a partir de las notificaciones se determina la efectividad y ejecutoria de las decisiones judiciales. Si las partes dentro de los términos legales no hacen valer los recursos de ley, a pesar de haberse enterado de las decisiones, o habiendo ejercido el derecho a controvertir omiten manifestar en qué consiste su desacuerdo, la providencia queda en firme, sin que en su contra proceda medio de impugnación ninguno.

Ahora, en el ámbito penal hay un sujeto procesal que no está en idéntica posición jurídico-material que los demás para conocer, por sus propios medios, de las decisiones adoptadas en la actuación, concretamente, el sindicado privado de la libertad.

Por esa razón, y atendiendo la especial relación de sujeción del procesado sometido a detención intramural o domiciliaria respecto del Estado, el legislador atento a la necesidad de rodearlo de las máximas garantías que faciliten el ejercicio del derecho de defensa, estableció la obligación de notificarlo personalmente de las determinaciones medulares del proceso.

Es así que, en el artículo 188 del Decreto 2700 de 1991 -vigente para la época-45 se impuso la obligación de notificar al sindicado que se encuentre privado de la libertad -y al Ministerio Público- de forma personal⁴⁶.

Es más, abundando en garantías, el canon 194 del mismo estatuto precisó que «[l]a

notificación de toda providencia a una persona que se halle privada de la libertad, se realizará en el respectivo establecimiento, informando al sindicato sobre los recursos que proceden contra ella y dejando constancia en la dirección o asesoría jurídica y en el expediente.»

Respecto de las demás partes e intervinientes, incluso, por supuesto, el sindicato no privado de la libertad, también se previó la posibilidad de enterarlos personalmente, cuando concurran a la secretaría del despacho judicial respectivo, leyéndose, para el efecto, íntegramente la providencia proferida -canon 189 del referido estatuto-47.

Ahora, cuando no fuera posible la notificación personal a esos otros sujetos procesales -distintos al sindicato privado de la libertad y al Ministerio Público- el precepto 190 ejusdem, modificado por el 25 de la Ley 81 de 1993- señalaba que procede la notificación por estado por un (1) día, el cual se fijaría luego de tres (3) días de haber hecho la citación mediante telegrama dirigido a la dirección registrada en el expediente48.

Particularmente, en cuanto hace a la notificación de la resolución de acusación, el canon 440 ibidem -modificado por el precepto 59 de la Ley 81 de 1993- mantenía la regla de la notificación personal al sindicato privado de la libertad y, respecto del no privado de la misma, consagraba la citación por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, a efecto de que acudiera a enterarse de la decisión, dentro de un plazo de ocho (8) días, así como la notificación personal a su defensor cuando transcurrido ese término aquél no compareciere. Así también, establece la notificación por estado respecto del resto de sujetos procesales49.

Sobre el alcance de esta disposición, en punto del sujeto no privado de la libertad, la Corte Suprema de Justicia invariablemente ha reiterado (CSJ SP, 24 jul. 2003, rad. 16.011):

La intelección que la Sala asumió respecto del artículo 440 del Decreto 2700/91 después de su modificación, consta en diversos pronunciamientos como el referido en el concepto de la procuraduría y en el siguiente:

“Una atenta lectura del art. 440 C.P.P. vigente, modificado por la L. 81/93, 59, pone de manifiesto que el procesado que se encuentra gozando de libertad debe ser enterado directa y personalmente de los cargos formulados en su contra en la providencia enjuiciatoria, y de no ser posible hacerlo, es necesario noticiar de igual manera a su defensor.

“Lo que resulta imperativo es que al menos a uno de los dos, se le haga notificación personal de la resolución acusatoria quedando de tal modo garantizado el derecho a la defensa, pues no debe perderse de vista que la normatividad jurídica vigente erradicó el sistema de la doble notificación del pliego de cargos (al procesado y a su defensor) que había sido introducida por el Estatuto Procedimental Penal de 1971 (decreto 409) como parece no entenderlo el impugnante” (Nov.1/95. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda).

Claramente, tales previsiones normativas apuntaban a garantizar que el proceso penal no se llevara a espaldas de ninguno de los sujetos procesales, y enfatizaban en la protección de quien, por su condición de recluso, está imposibilitado para acudir por sí mismo al despacho judicial a conocer de las determinaciones que lo afectan, materializando, de este modo, el principio de publicidad de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 228 Superior.

Sobre el deber de las autoridades judiciales de proceder con la mayor diligencia en la labor de notificación de sus decisiones a las personas sometidas a detención preventiva en establecimiento carcelario o domiciliario, la Corte Constitucional ha señalado (CC T-1049-2012):

(...) Para esta Corporación, debido a que estos sujetos [los privados de la libertad] se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado, la autoridad judicial tiene certeza sobre el lugar en que se encuentran por hallarse privados de su derecho a la libertad de locomoción. Por ello, cuando profiere una decisión dentro del proceso penal, la autoridad no puede limitarse a verificar que los telegramas y otros medios de comunicación de la orden de notificación lleguen efectivamente al centro de reclusión, sino que es preciso que emplee un procedimiento de notificación personal que lleve a la convicción de que la persona privada de la libertad adquirió conocimiento efectivo de la decisión, tanto en su parte motiva como resolutive, y que entendió los recursos que contra ella caben⁵⁰.

(...)

Si el operador judicial abdica de su obligación de notificar correctamente todas las decisiones tomadas dentro del proceso penal procurando que, en lo posible, las personas adquieran conocimiento efectivo de las mismas, se limita el derecho de las partes procesales a ejercer sus potestades dentro del proceso. Ello puede configurar un defecto procedimental, cuya consecuencia no es otra que ordenar a la autoridad judicial que tramite de nuevo las actuaciones con pleno respeto del debido proceso⁵¹.

En similar sentido, la Sala de Casación Penal ha enfatizado acerca de la importancia de la notificación de la resolución de acusación al sometido a confinamiento carcelario intramural o domiciliario, dada su imposibilidad física de estar atento, por sus propios medios, a lo que sucede en la causa penal. Al respecto, ha dicho que «(...) la notificación personal de las providencias judiciales es el medio mas eficaz para garantizar el adecuado ejercicio del derecho a la defensa, razón por la que el legislador siempre ha insistido que la resolución de acusación o pliego de cargos, por su inocultable trascendencia, se haga conocer del procesado o de su defensor, en dicha forma» (CSJ

AP, 31 oct. 1995, rad.10.755)

Así las cosas, no se remite a duda que el enteramiento efectivo de las decisiones judiciales y, por supuesto, del pliego de cargos al sindicado privado de la libertad constituye una invaluable garantía fundamental que posibilita el ejercicio pleno del derecho a la contradicción, como igualmente resulta incuestionable que su desconocimiento es potencialmente lesivo del derecho de defensa.

2.3. No obstante, la Corte Constitucional también ha sido enfática en señalar que, si bien cuando «las notificaciones se dejan de hacer en la oportunidad o mediante el método previsto en la ley, especialmente en los procesos penales, se incurre en una irregularidad que afecta las garantías procesales de una de las partes» (CC T-1049-2012) tales anomalías pueden corregirse, eventualmente, con los recursos ordinarios y extraordinarios contra las decisiones y que para entender cabalmente configurado un defecto procedimental «que haga procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario que ellos sean determinantes en el proceso y estén revestidos de suficiente entidad⁵².» (CC T-1049-2012).

Igualmente, la Sala de Casación Penal ha sido consistente en indicar que (CSJ SP, 30 mar. 2016, rad. 24.166): «(...) las irregularidades o los errores en que incurre el funcionario judicial en los actos de las notificaciones de la (sic) decisiones proferidas en el proceso penal, atañen al desarrollo y a la ritualidad propia del proceso, sin desconocer, obviamente, que por regla general tal afectación vulnera el derecho de defensa, aspecto que debe ser objeto de demostración.» (Subrayas fuera del texto original).

Lo anterior, significa que, como todas las irregularidades potencialmente lesivas del debido proceso o la garantía de defensa, deben ser examinadas a la luz de los principios que rigen la declaratoria de las nulidades, particularmente, los de

convalidación, instrumentalidad de las formas y trascendencia.

En efecto, no basta acreditar la concurrencia de la incorrección sino que es necesario examinar si operó el consentimiento expreso o tácito del sujeto procesal perjudicado, si se cumplieron los fines para los cuales estaba destinado el acto procesal y comprobar que el vicio denunciado produjo unos resultados adversos y lesivos a los intereses y derechos del recurrente, o que alteró, de manera grave -no aparente-, las bases del procedimiento, porque de lo contrario, si el vicio carece de toda relevancia, imposibilita la declaración de la pretendida invalidez.

Es así que, en punto de defectos en el proceso de notificación de las providencias esta Sala ha señalado que «cuando se violen los preceptos normativos que la rigen [a la notificación], su infracción no puede mirarse aisladamente, sino en relación con los efectos que la omisión o irregularidad hayan podido comunicar al posterior desenvolvimiento del proceso.» (CSJ SP, 17 nov. 1993, rad. 8.155)

De similar manera, de tiempo atrás, ha precisado (CSJ AP, 2 ago. 2000, rad. 15.559):

Empero, teniendo la notificación de las providencias como objetivo, entre otros, permitir el acceso a la impugnación, si se cumplen los fines para los cuales estaba prevista, así se cumpla de manera irregular aquélla -principio de la instrumentalidad de las formas-, y si además el sujeto procesal afectado con la determinación no comunicada o cuya notificación no se hizo en debida forma, tácitamente convalida el acto viciado por una intervención posterior suya -principio de convalidación-, conforme con el mandato expreso del Art. 308-1 y 4 del C. de P. P., resulta obvio que la nulidad en razón de una tal anomalía deviene improcedente.

3. Descendiendo al caso de la especie, se impone verificar minuciosamente la actuación procesal a fin de establecer si se incurrió en el error in procedendo denunciado por la

defensa y, verificado este aspecto, si el mismo es trascendente, como para dar lugar a la declaración de nulidad deprecada.

Para el efecto, es necesario recordar que Juan Carlos Modesto Betancourt inicialmente fue investigado y juzgado por la justicia penal militar, en cuya sede se profirió sentencia absolutoria y se dispuso su libertad.

No obstante, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta respecto de esa decisión, el Tribunal Superior Militar se manifestó incompetente para conocer del asunto y dispuso remitirlo al Tribunal Superior de Antioquia⁵³, autoridad esta que el 6 julio de 1998 declaró la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación⁵⁴.

Repartido el proceso el 16 del mismo mes a la Fiscalía 36 Seccional de Turbo⁵⁵ y clausurada, enseguida, la instrucción -16 de septiembre-56, el Ministerio Público interpuso recurso de reposición con el propósito de que se practicaran otros medios de prueba⁵⁷.

Como luego de varios años se advirtió que no se había notificado a todos los sujetos procesales de la resolución de cierre, esencialmente a los procesados, se procuró hacerlo a través de funcionario comisionado. En el caso de Modesto Betancourt, tal labor se le encomendó al Fiscal 27 Seccional de Cali, quien tras haberlo citado a la carrera 78 No. 3D-13, barrio Nápoles de esa ciudad, informó que no había sido posible la notificación personal de dicho sujeto⁵⁸.

Entendiendo que se había cumplido con el rito de enteramiento de la referida resolución, el 24 de junio de 2005 se desató el aludido recurso horizontal en el sentido de confirmarla⁵⁹.

Por su parte, el 5 de diciembre de ese año Modesto Betancourt constituyó un nuevo mandatario judicial -Libardo Puella Escobar-⁶⁰ quien solicitó la nulidad

de lo actuado, en tanto advirtió que el cierre de la investigación sólo le había sido notificada al Ministerio Público, no así al resto de sujetos procesales, especialmente, a su representado⁶¹, pretensión acogida el 6 de julio de 2007 por el ente acusador, que invalidó la actuación desde la resolución que dejó en firme la clausura instructiva, a efecto de que se surtieran debidamente las notificaciones⁶².

En relación con Modesto Betancourt se comisionó a la Unidad de Fiscalía delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, indicándose como dirección del encartado la antes anotada⁶³.

En el entretanto -19 de julio de 2007-, el defensor de Modesto Betancourt allegó un memorial mediante el cual suministró una nueva dirección, la que le habría dado su cliente «para efectos de citaciones y notificaciones»⁶⁴: calle 23 No. 32-25, barrio Santa Elena de la ciudad de Cali, así como su número de teléfono -3359449-.

El despacho comisorio fue devuelto sin diligenciar⁶⁵ habida cuenta que no fue posible la notificación debido a que la citación se hizo a la dirección que le señaló el fiscal instructor al funcionario comisionado, la cual ya no correspondía a la del domicilio del investigado, pues, como se sabe, su defensor había reportado otra nomenclatura. En todo caso, obra la notificación personal a dicho mandatario judicial⁶⁶.

El 11 de febrero de 2008 se volvió a resolver de forma negativa el recurso de reposición interpuesto por el representante del Ministerio Público⁶⁷ y tras la presentación de los alegatos precalificatorios por parte del abogado de Modesto Betancourt⁶⁸, el 20 de octubre de ese año este presentó un memorial en el que requirió la calificación del mérito del sumario, teniendo en cuenta, «el longo espacio temporal que ha transcurrido desde la ejecutoria del Cierre de la investigación y de Alegatos Precalificatorios»⁶⁹.

El 27 de julio de 2009 se profirió resolución de acusación contra Juan Carlos Modesto

Betancourt, en calidad de presunto autor responsable del delito de homicidio agravado (artículos 323 y 324.7 del Decreto Ley 100 de 1980) y de preclusión, por el mismo punible, a favor de otros coprocesados. Igualmente, el ente instructor se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento a Modesto Betancourt⁷⁰.

Como el expediente revelaba que dicho procesado había sido dejado en libertad con ocasión de la absolución con la que fue favorecido por la justicia penal militar y, en la jurisdicción ordinaria tampoco se le impuso ninguna medida de aseguramiento, el pliego de cargos se notificó de manera personal al Procurador 342 Judicial, al apoderado de confianza de Modesto Betancourt y a otros dos defensores de los coprocesados a favor de quienes se dictó preclusión⁷¹.

Para notificar a los demás sujetos procesales, entre ellos, a Modesto Betancourt, quien, se insiste, de acuerdo con el expediente reportaba encontrarse en libertad, se acudió al despacho comisorio que, como en ocasión anterior, se encomendó a la Fiscalía Seccional (reparto) delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, labor de notificación que arrojó resultados negativos debido a que el funcionario comisionado -Fiscal 14 Seccional de dicha ciudad-, por información errada del instructor comitente⁷²-, libró la citación respectiva a una dirección equivocada -la inicialmente reportada⁷³; esto, no obstante que el defensor del acusado había informado de su nuevo lugar de residencia.

Con todo, como el apoderado de Modesto Betancourt sí fue notificado del pliego de cargos, lo impugnó oportunamente, siendo confirmado el 24 de junio de 2011 por el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal Superior de Antioquia.

El precedente recuento, en principio, permitiría concluir que la notificación de la resolución de acusación a Juan Carlos Modesto Betancourt fue legal por cuanto pese a que la citación se libró a una dirección errada -recuérdese que se había reportado una

diferente luego de que presentara los alegatos precalificatorios-, el defensor fue notificado personalmente de la misma, lo cual le permitió impugnar, en tiempo, dicha decisión.

Y es que, no se puede perder de vista que, para los no privados de la libertad, basta el enteramiento personal del procesado o de su defensor para entender debidamente realizado el rito de la notificación del pliego de cargos.

Sin embargo, contrario a esta aparente realidad, se tiene que, para cuando efectivamente se adelantó el trámite de notificación de la resolución de acusación -luego de que el profesional del derecho que asistía a Modesto Betancourt informara sobre el cambio de domicilio de su asistido-, el procesado había sido capturado con fines de extradición y recluido en un establecimiento carcelario colombiano, a la espera de que se definiera sobre la petición elevada por el gobierno norteamericano.

Ciertamente, aunque en el expediente no obra constancia alguna que pudiera haber alertado a la Fiscalía a cuyo cargo estuvo este proceso acerca de la privación efectiva de la libertad del acusado por cuenta del aludido requerimiento extranjero⁷⁴, el concepto favorable a la solicitud de extradición formulada por Estados Unidos por delitos relacionados con narcóticos, emitido el 19 de febrero de 2009 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 30.142, la Resolución No. 094 de marzo de 2009 por cuyo medio el Presidente de la República concedió la extradición y la Resolución No. 193 del 18 de junio del mismo año a través de la cual confirmó dicha determinación, revelan que Modesto Betancourt fue capturado el 8 de abril de 2008, con ocasión de la orden de captura expedida por el Fiscal General de la Nación del 8 de enero anterior.

Así es que, debe admitirse que, si la notificación de la resolución de acusación se

intentó por despacho comisorio –por cierto, no a la dirección correcta, como lo señala la Procuraduría, sino a la anterior-, porque al interior de la actuación se tenía la convicción acerca de que el inculcado estaba en libertad, cuando, en verdad, se encontraba privado de la misma en una cárcel colombiana, es claro que tal condición de reclusión, en principio, habría obligado al ente instructor a notificarlo de manera personal de su contenido.

No obstante, no se puede pasar por alto que, ninguna modificación de esa circunstancia se hizo saber en la actuación por parte del procesado o su defensor.

Y es que, por lo menos, al abogado del acusado, de naturaleza contractual, le era exigible, conforme al principio de lealtad procesal, comunicar al órgano instructor que su representado había sido aprehendido dentro de un trámite de extradición y que estaba recluido en determinado centro carcelario, sobre todo si, de similar manera, había procedido en ocasión anterior –después del cierre definitivo de la investigación-, al informar de la nueva dirección donde podía ser ubicado su asistido.

En efecto, el abogado bien podía haber avisado a la autoridad investigativa de la variación en la situación de su cliente cuando le dirigió una solicitud para que se aprestara a emitir la decisión calificatoria de rigor, o cuando fue enterado personalmente del pliego de cargos, oportunidades en las que nada expresó sobre aquél particular.

En todo caso, lo cierto es que, no se acreditó cómo la indebida notificación de la resolución acusatoria socavó la estructura del proceso o afectó las garantías de su asistido, porque cuando debía demostrar la trascendencia del vicio, el jurista partió de una premisa por completo equivocada, esto es, considerar que la evidencia de la anomalía denunciada, referida tan sólo a su existencia, le eximía de cualquier esfuerzo lógico o dialéctico para sustentarla, pasando por alto, además, que la alegación de las nulidades

impone su consideración desde los principios que la rigen, de conformidad con lo previsto en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, al cual debió sujetarse entonces en el desarrollo del reparo.

En realidad, el libelista adujo vulnerada la garantía de defensa, en su componente de contradicción, y aseveró que el vicio denunciado le impidió a su representado comparecer a su propio juicio, presentar pruebas y controvertir las que en su contra se practicaran.

Sin embargo, a la par que el censor no identificó cuáles son esos medios de convicción que hubiera podido aportar a la actuación o, quizás, desvirtuar, la verificación del expediente permite constatar que el apoderado contractual que asistió al acusado en las instancias ejerció una estrategia suficientemente activa, capaz de garantizar al procesado el derecho de defensa en sus ámbitos más representativos -probatorio, contradictorio y de doble instancia-.

En verdad, se observa que el referido profesional del derecho se ocupó, en oportunidad, de notificarse de manera personal de todas las decisiones relevantes adoptadas en el proceso, apelar el pliego de cargos⁷⁵, precisarle al juez cognoscente la fecha de vencimiento del término de traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁷⁶, solicitar un amplio catálogo de pruebas (documental⁷⁷ y pericial⁷⁸) durante la fase del juicio⁷⁹, las cuales fueron decretadas por el juzgador⁸⁰, participar en los interrogatorios respectivos, alegar extensa y vehementemente en favor de su representado en los alegatos de cierre de la audiencia pública de juzgamiento⁸¹, presentar sendas solicitudes de prescripción de la acción penal⁸² y apelar el fallo de primer nivel⁸³.

Súmese que, aunque es verdad que el sindicado tiene la condición de sujeto procesal, contrario a lo adverado por el censor, aquél conforma una unidad de defensa con su

apoderado judicial, al punto que, incluso, como bien lo cita el impugnante, a voces del artículo 137 del compendio instrumental de 1991 -norma reproducida en el canon 127 de La ley 600 de 2000-, cuando quiera que existan peticiones contradictorias entre uno y otro, habrán de preferirse las de la defensa técnica, dadas sus calidades profesionales en el ejercicio del derecho.

El actor tampoco precisó de qué manera la notificación irregular de la resolución de acusación privó al sindicado o a su defensor de la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa, a través de su impugnación o de la controversia probatoria en la fase del juicio, lo cual resulta importante, si se advierte que, se insiste, el abogado fue impuesto en forma personal de dicha decisión calificatoria, este interpuso en contra de ella recurso de apelación y en la fase del juicio se practicaron todas las pruebas solicitadas por la defensa, dando alcance, entonces, al principio de instrumentalidad de las formas en la medida que el acto de notificación omitido respecto del acusado, en últimas, no generó ningún daño sustancial en el núcleo esencial del derecho de defensa porque el defensor de confianza se encargó de mitigar cualquier efecto nocivo que hubiera podido tener la incorrección evidenciada.

En fin, no se demostró cómo la falta de notificación personal de la resolución acusatoria socavó la estructura básica de la investigación o el juzgamiento, o afectó las garantías del acusado.

Adicionalmente, es de resaltar que, así como, de manera diligente, el defensor puso en evidencia dentro del proceso las irregularidades en la notificación del cierre de la instrucción a los sujetos procesales y, particularmente, a su representado, también hubiera resultado adecuado que, oportunamente, esto es, dentro del traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 -426 del Decreto 2700 de 1991- reprobara la falta de notificación personal a su prohijado, quien para ese momento estaba privado de la libertad por cuenta de la solicitud de extradición del gobierno estadounidense.

En cambio, ninguna manifestación realizó al respecto dicho mandatario judicial, operando, de este modo, el principio de convalidación que impide la declaración de cualquier nulidad cuando concurre el consentimiento tácito o expreso del sujeto perjudicado frente al acto irregular.

Y es que, si la defensa del mencionado procesado no reclamó la nulidad total o parcial de la actuación en la oportunidad que para ello se establece en la etapa del juicio, ello significa su conformidad con el trámite adelantado.

Ahora, no en pocas oportunidades, la Corte Constitucional se ha preocupado de resaltar el deber de las autoridades judiciales de garantizar el acto de notificación de sus decisiones a las personas privadas de la libertad, aún en aquellos casos en que el recluso se encuentre a órdenes de otro despacho judicial, teniendo en cuenta el deber de circulación y actualización de la información relativa a dichos sujetos (CC T-970 de 2006).

Sin embargo, mal podría imponerse al ente acusador la obligación consignada en el artículo 129 de la Ley 906 de 2004 de llevar un registro de las personas vinculadas a una investigación, pues como bien lo sabe el demandante, el proceso que nos ocupa se rigió, inicialmente, por los cánones del Estatuto Adjetivo de 1991 y, luego por el del 2000, nada en el expediente, en absoluto, le indicaba al ente acusador que el indagado podría haber sido privado de la libertad, máxime si, como se viene sosteniendo, una defensa tan activa como la agenciada por su abogado, no lo comunicó así a la actuación.

Ahora bien, es cierto que el precedente utilizado por el Tribunal para descartar la trascendencia de la irregularidad denunciada -CSJ SP, 22 sep. 2010, rad. 30.380- no se adecua a los supuestos del caso que ahora ocupa la atención de la Sala, toda vez que en aquella oportunidad se trataba de la falta de notificación de las decisiones adoptadas

durante la fase instructiva a una persona que ya había sido extraditada y que, por ende, para ese preciso instante, se encontraba a órdenes de las autoridades judiciales de un gobierno extranjero y no del Estado colombiano, como sucede en esta ocasión.

No obstante, tal falencia argumentativa se torna irrelevante si se considera que la Corte no desconoce que, en efecto, existió una irregularidad potencialmente lesiva del derecho de defensa, pero que, en este caso, no fue trascendente debido a que, no solo no se advierte la incidencia de esa anomalía en las garantías esenciales del enjuiciado sino que se cumplió tanto la finalidad mediata –impugnación de la resolución de acusación– como inmediata del acto de notificación –participación en la actividad probatoria durante el juicio– así como dicho acto irregular fue convalidado con el silencio del defensor en orden a denunciar su acaecimiento en la oportunidad señalada en la ley.

En ese orden de ideas, no hay lugar a casar el fallo impugnado conforme al cargo propuesto.

4. Sobre la casación oficiosa. Violación de los principios de congruencia y legalidad

Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en los procesos penales. En vigencia de esa tarea, debe velar por el irrestricto respeto de sus garantías esenciales en aras de posibilitar su efectividad.

En aplicación de tal compromiso y en el marco del Estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta la existencia de alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos, la Corte deberá remediarla oficiosamente aunque el censor no lo advierta en su libelo.

La Corte Suprema ha sido consistente en sostener que corresponde al funcionario judicial ser garante de la congruencia entre los cargos de la acusación y los atribuidos en la sentencia, de tal forma que se respete la unidad fáctica y jurídica entre uno y otro acto procesal. Esa responsabilidad implica procurar que en el fallo no se incorporen nuevos hechos ni se varíen sustancialmente los que constituyen el núcleo de la acusación y, mucho menos, se incluyan circunstancias de agravación específicas o genéricas, formas de culpabilidad o de participación más gravosas no deducidas expresamente en el pliego de cargos o se excluyan las atenuantes reconocidas. Ha expresado sobre el particular (CSJ SP, 9 feb. 2006, rad. 23.750):

(...) el principio de congruencia debe respetar la conexión que existe entre el derecho penal sustancial (que define las conductas) y el procesal (que señala el método para su sanción), en el sentido de que las conductas que constituyen un injusto merecedor de pena son las que deben precisarse en la resolución acusatoria, indicando las circunstancias fácticas y valorativas que las acompañan, y de allí la necesidad de que todas las que las integran queden inequívocamente plasmadas en la acusación que da inicio al juicio.

No por otra razón, en una elaboración que se reitera, la Corte ha precisado lo siguiente:

“En síntesis, se tiene que la Corte, en la actualidad, es del criterio que todas las circunstancias que impliquen incremento punitivo, específicas o genéricas, valorativas o no valorativas, en cualquiera de sus modalidades, deben hacer parte de la imputación fáctica de la acusación para que puedan ser deducidas en la sentencia...”⁸⁴.

En el caso examinado, se debe partir por destacar que el juzgador unipersonal erró, bajo la prédica del principio de favorabilidad, también empleado por el instructor, al seleccionar la norma sustantiva que regía para la época de los hechos, habida cuenta que aplicó el artículo 324 original del Decreto 100 de 1980, que establecía una pena para el

homicidio agravado de 16 a 30 años de prisión, siendo que la conducta punible se ejecutó el 14 de septiembre de 1993, esto es, luego de que hubiera entrado en vigencia el canon 30 de la Ley 40 de 1993, que modificó la referida disposición, la cual sancionaba dicho injusto con 25 a 40 años de privación de la libertad.

No obstante, este defecto, lesivo del principio de legalidad de las penas, no es susceptible de ser corregido en esta sede, porque quebrantaría el principio non reformatio in pejus que ampara al procesado.

Partiendo de este reconocimiento, con todo, es del caso salvaguardar el principio de congruencia, también quebrantado por el juez unipersonal y no restablecido por el Tribunal, al deducir varias circunstancias de mayor punibilidad, no imputadas expresamente por la fiscalía en las resoluciones de acusación de primera y segunda instancias.

En efecto, el fallo de primer grado revela que, tras establecer los cuartos de movilidad –los cuales resultan ser más benignos que el sistema de tasación punitivo previsto en el Estatuto Sustantivo de 1980 (artículo 67)-, el juez aludió a la ausencia de antecedentes penales respecto del acusado, a la gravedad de la conducta y, genéricamente, a por lo menos tres circunstancias de mayor punibilidad no relacionadas en el pliego de cargos, dos de las cuales, valga precisar, ni siquiera podrían haber sido imputadas en la decisión del ente instructor sin lesionar el principio de estricta tipicidad, toda vez que, para la época de los hechos tales comportamientos no eran objeto de reproche penal, para, enseguida, escoger el segundo rango e imponer el máximo del mismo.

Ciertamente, la sentencia aludió a la comisión del injusto por motivo fútil, circunstancia descrita de manera similar tanto en el artículo 66 del Decreto 100 de 1980 como en el canon 58 de la Ley 599 de 2000, pero también a las concernientes a la

ejecución del ilícito con abuso de la condición de superioridad y en coparticipación criminal, que solo vinieron a ser consagradas en la última norma mencionada.

Estas fueron, en lo pertinente, las consideraciones del fallador:

En la tasación definitiva, se tendrá en cuenta que el señor JUAN CARLOS MODESTO no posee antecedentes penales, pues ningún registro se aportó al proceso.

Es de tener en cuenta, que la conducta analizada es de suma gravedad: ocasionaron con su comisión una muy mala imagen de la institución armada a la que pertenecían, al adoptar comportamiento de bandidos y por encima de todo acabaron con la vida de un ser humano.

Además se actuó en coparticipación criminal, por un motivo fútil, con circunstancias de superioridad sobre la víctima no solo en razón de su uniforme sino en relación al número de personas y superioridad en cuanto a dotación de armas.

Lo anterior nos lleva a inferir con certeza que se hace necesaria la pena a fin de que cumpla con la función preventiva hacia la sociedad y para los mismos sentenciados, convirtiéndose en una retribución justa frente al mal del delito materializado.

Habida cuenta de la presencia de las circunstancias antes mencionadas, pero al mismo tiempo de la carencia de antecedentes penales como atenuación punitiva, y teniendo en cuenta los criterios que para fijar la pena establece el artículo 61 del Código de las penas, ubicaremos el comportamiento delictual en el segundo cuarto para imponer en su contra una pena de VEINTITRÉS (23) AÑOS DE PRISIÓN.⁸⁵ (Subrayas de la Corte).

Mientras tanto, la resolución del 27 de julio de 2009, fue expresa en indicar que la acusación lo era por «el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, consagrado en el Código

Penal, libro II, Título XIII Capítulo I Art. 323 de la ley (sic) 100 de 1980, agravado por el Art. 324 numeral 7º. (colocando a la víctima (sic) en situación de indefensión o inferioridad o aprovechando se (sic) de esa situación) que trae una pena de dieciséis (16) a treinta (30) años de prisión»⁸⁶, imputación que no sufrió modificación en la segunda instancia.

Sin embargo, el a quo, sin ninguna explicación, inadvirtió que el núcleo de imputación sólo podía estar completo, con una precisa atribución fáctica, por parte de la Fiscalía, de las circunstancias de mayor punibilidad a que hubiera lugar, acto sustantivo y procesal ausente en la resolución de acusación que imponía un límite infranqueable al fallador al momento de acometer el juicio de adecuación punitiva.

Tal error del juez de conocimiento, obliga a la Corte, en estricto acatamiento de los principios de consonancia y de legalidad del delito y de las penas, a excluir, a favor del acusado, todas las circunstancias de mayor punibilidad indebidamente deducidas, esto es, la estipulada en el artículo 66.1 del Decreto Ley 100 de 1980 (58.2 de la Ley 599 de 2000) porque no fue deducida en el pliego de cargos y las reguladas en los numerales 5 y 10 del aludido canon 58 del Código Penal de 2000, ya que no estaban vigentes para la época de los hechos.

Es así que, respecto de este sentenciado, se debe entender que la atribución de responsabilidad por el delito de homicidio agravado lo es sin dichas circunstancias de mayor punibilidad ilegalmente derivadas por el juez de primer nivel, lo cual guarda repercusión directa en el cuarto de movilidad en que debe ser tasada la pena, al tenor del artículo 61 del Estatuto Sustantivo de 2000, que, entonces, ante la ausencia de antecedentes penales, ubica la sanción en el primero de ellos y, concretamente, en el máximo del mismo, teniendo en cuenta que, el juzgador de primer grado había escogido dicho tope del segundo cuarto y es indispensable respetar el criterio del juzgador.

Por manera que, la pena de prisión que debe descontar Juan Carlos Modesto Betancourt es de diecinueve (19) años y seis (6) meses de prisión, mismo término al que se reducirá la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. No casar la sentencia impugnada, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, conforme la demanda presentada a favor del TE. Juan Carlos Modesto Betancourt.

Segundo. Casar parcialmente de oficio el fallo impugnado, en el sentido de fijar la pena de prisión que debe descontar Juan Carlos Modesto Betancourt, en diecinueve (19) años y seis (6) meses de prisión, mismo término al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Tercero. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ FRANCISCO 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 Cfr. folio 2 de la sentencia de primera instancia a folio 112 vuelto del cuaderno original 4.

2 Cfr. folio 1 del cuaderno original 1.

3 Cfr. folio 7 ibidem.

4 Cfr. folio 62 ibidem.

5 Cfr. folios 94-97 ibidem.

6 Cfr. folio 106 ibidem.

7 Cfr. folios 239-252 ibidem.

8 Cfr. folios 287-291 ibidem.

9 Cfr. folio 682 del cuaderno original 2.

10 Cfr. folios 683-688 ibidem.

11 Cfr. folios 740-750 ibidem.

12 Cfr. folios 764-777 ibidem.

13 Cfr. folios 795-807 ibidem.

14 Cfr. folios 801-819 ibidem.

15 Cfr. folio 814 del cuaderno original 3.

16 Cfr. folio 815 ibidem.

17 Cfr. folios 856-857 ibidem.

18 Cfr. folios 893-897 ibidem.

19 Cfr. folios 985-1005 ibidem.

20 Cfr. folios 1008-1020 ibidem.

21 Cfr. folios 1041-1066 ibidem.

22 Cfr. folio 1 del cuaderno original 4.

23 Cfr. folio 14 ibidem.

24 Cfr. folio 49 ibidem.

25 Cfr. folios 96 ibidem.

26 Cfr. folios 112-128 ibidem.

27 Cfr. folios 136-153 ibidem.

28 Cfr. folios 196-213 ibidem.

29 Cfr. folio 185 ibidem.

30 Cfr. folio 226 ibidem.

31 Cfr. folios 247-274 ibidem.

32 Cfr. folio 6 del cuaderno de la Corte.

33 Cfr. folios 8-17 ibidem.

34 Cfr. folio 254 del cuaderno original 4.

35 Ibidem.

36 Cfr. folio 256 ibidem.

37 Cfr. folio 258 ibidem.

38 Cfr. folio 259 ibidem.

39 Cfr. folio 267 ibidem.

40 Cfr. folio 268 ibidem.

41 Cfr. folio 271 ibidem.

42 Cfr. folio 15 del cuaderno de la Corte.

43 Ver, entre otras, la sentencia C-648/01 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 Ver sentencias T-211/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva y T-1123/03 M.P Álvaro Tafur Galvis.

45 El asunto se tramitó conforme al Código de Procedimiento Penal de 1991.

46 En similares términos el inciso 1º del artículo 178 de la Ley 600 de 2000 establece que: «Las notificaciones al sindicado que se encuentre privado de la libertad, al Fiscal General de la Nación o su delegado cuando actúen como sujetos procesales y al Ministerio Público se harán en forma personal.»

47 Siguiendo el mismo lineamiento, los incisos 2º y 3º del referido canon 178 expresan: «Las notificaciones al sindicado que no estuviere detenido y a los demás sujetos procesales se harán personalmente si se presentaren en la secretaría dentro de los tres (3) días siguientes al de la fecha de la providencia, pasado ese término se notificará por estado a los sujetos procesales que no fueron enterados en forma personal. La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga.»

48 Conservando semejante directriz el artículo 179 del Código de Procedimiento de 2000 estipuló: «Cuando no fuere posible la notificación personal a los sujetos procesales, se hará la notificación por estado que se fijará tres (3) días después, contados a partir de la fecha en que se haya realizado la diligencia de citación efectuada por el medio más eficaz o mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente, citación que deberá realizarse a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia que deba ser notificada. El estado se fijará por el término de un (1) día en secretaría y se dejará constancia de la fijación y desfijación.»

49 De similar manera el artículo 396 de la Ley 600 de 2000 dispone: «La resolución de acusación se notificará personalmente así:

Al defensor y al procesado que estuviere en libertad, se les citará por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, por comunicación emitida a más tardar el día siguiente hábil a la fecha de la providencia.

Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que comparecieren, se presentare excusa válida del defensor para seguir actuando o exista renuencia a comparecer, se le designará un defensor de oficio, con quien se continuará la actuación.

Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.»

50 Ver sentencia T-970/06 M.P Tafur Galvis.

51 Ver sentencias T-617/07 M.P Córdoba Triviño y T-1209/05 M.P Clara Inés Vargas Hernández.

52 Ver, entre otras, las sentencias T-1246/08 M.P Humberto Sierra Porto y T-970/06 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

53 Cfr. folios 795-807 ibidem.

54 Cfr. folios 801-819 ibidem.

55 Cfr. folio 814 del cuaderno original 3.

56 Cfr. folios 815-816 ibidem.

57 Cfr. folios 817-818 ibidem.

58 Cfr. folios 845-846 ibidem.

59 Cfr. folios 856-857 ibidem.

60 Cfr. folio 878 y vuelo ibidem.

61 Cfr. folios 768-771 ibidem.

62 Cfr. folios 893-897 ibidem.

63 Cfr. folio 901 ibidem.

64 Cfr. folio 907 ibidem.

65 Cfr. folios 976-978 ibidem.

66 Cfr. folio 924 ibidem.

67 Cfr. folios 969-970 ibidem.

68 También otra defensora hizo lo propio respecto de otro coprocesado.

69 Cfr. folio 981 ibidem.

70 Cfr. folios 985-1005 ibidem.

71 Cfr. folio 1005 ibidem.

72 Cfr. folio 1006 ibidem.

73 Cfr. folio 1024 ibidem.

74 Sobre la captura con fines de extradición del acusado, solo se vino a saber en el

proceso, a través de un memorial de nulidad impetrado por un abogado que dijo ser su apoderado por mandato conferido por la esposa de aquel.

75 Cfr. folio 1008-1020 del cuaderno original 3.

76 Cfr. folio 6 del cuaderno original 4.

77 Solicitó oficiar: i) al Gerente de la Industria Militar, a efecto de que informara cuáles son las especificaciones técnicas de la granada de fragmentación conocida como “PIÑA” y si para el 14 de septiembre de 1993, la Brigada XVII de Carepa (Antioquia) y el Batallón de Infantería No. 32 “Francisco de Paula Vélez, contaba con dotación oficial de ese tipo, ii) al comandante del Batallón de Infantería No. 32 para que remitiera copia auténtica de la tarjeta de dotación o asignación individual de armamento de ST. Juan Carlos Modesto Betancourt, CP. Carlos Alberto Prada Vallejo, SL. Javier Mauricio López Calao, SL. Yovanny Alfonso Herrera Hernández, SL. José Manuel López Mestra, SL. Disney Antonio Miranda, SL. Alcides Fidel Pérez Lambraño, SL. Jhon Jairo Jaramillo Díaz, SL. Geovany Miranda Quiñonez, SL. Wilmar Morales Teherán, SL. Jary de Jesús Mejía Cuadrado, SL. Ricardo Andrés Jiménez Salgado y SL. Luis Alberto Sierra López; iii) a la Registraduría Nacional del Estado Civil a fin de que remitiera copia del registro civil de defunción de Wilmar Morales Teherán; iv) al Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE_ para que informara si le fue reportada la muerte del último mencionado.

78 Aunque la anunció como testimonial pidió escuchar en declaración a un perito de balística del CTI o de cualquier otra institución, con el propósito de que conceptuara sobre la clase de munición que dispara un fusil G-3; la distancia que recorre el proyectil una vez abandona el cañón, las estrías, el diámetro del arma desde la culata hasta la boca del cañón, la distancia en que quedan las vainillas, respecto de la ubicación del tirador, una vez abandonan la recámara del arma, el tamaño de los orificios de

entrada y salida, dependiendo de la distancia de disparo y las circunstancias en que se produce ahumamiento y tatuaje.

79 Cfr. folios 8-10 del cuaderno original 4.

80 Salvo la que pretendía que se oficiara al DANE. El juez, de oficio, ordenó extender la primera petición probatoria mencionada a la Policía Nacional.

81 Destacó la falta de recaudo probatorio por parte de la Fiscalía a partir de la cual se pudiera establecer la responsabilidad penal del acusado en el delito endilgado, cuestionó, por contradictorios, la credibilidad de los testigos de cargo, criticó la adecuación típica de la conducta, en torno a las normas vigentes para el tiempo de los hechos e insistió en la declaración de prescripción de la acción penal (Cfr. minutos 16:59-01:14:12 del audio de la audiencia pública de juzgamiento).

82 Cfr. folios 38-46 ibidem. Se precisa que previo a que tuviera lugar la audiencia pública de juzgamiento (Cfr. folio 62 ibidem) y durante la misma, la defensa solicitó que se resolviera sobre la petición de prescripción de la acción penal, pero el juez difirió la decisión correspondiente al momento de la sentencia.

83 Cfr. folio 132, 136-153 y 166-167 ibidem.

84 Sentencia del 4 de abril de 2001.

85 Cfr. folios 31-32 de la sentencia de primera instancia a folios 127 y 127 vuelto ibídem.

86 Cfr. folio 2 de la resolución de acusación a folio 871 del cuaderno original 3.