

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

SP4450-2014

Radicación nº 38376

(Aprobado Acta No. 104)

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)

ASUNTO:

Decide la Sala los recursos de casación interpuestos por los defensores de Charlyk Junior Ortega Solarte y Francisco Javier López Castillo, así como por el Procurador 71 Judicial Penal II, contra la sentencia del 11 de mayo de 2011 en virtud de la cual el Tribunal Superior de Cali, confirmó la condena que les impuso a aquellos el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de dicha ciudad, el 5 de marzo de 2010, por los delitos de concierto para delinquir y extorsión agravada.

HECHOS:

Según reseñó el a quo:

“... El 3 de enero de 2002, miembros de la Dirección Antisecuestro y Extorsión Gaula de la Policía Nacional, pusieron en conocimiento del Coordinador de la Unidad de Fiscalías

Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Cali, la existencia al interior de las cárceles de Palmira y Cali, de una organización criminal dedicada a la extorsión de ciudadanos, cuyos datos obtenían del directorio telefónico y por información de otros internos, contando además con la colaboración activa de personas por fuera de los establecimientos carcelarios, quienes se encargaban, entre otros, de recaudar los recursos a través de cuentas de ahorros donde las víctimas depositaban las exigencias dinerarias y, seguidamente, llevar el producto de la extorsión hasta el interior de los penales.

Adelantada la correspondiente investigación, se identificó e individualizó a un número plural de reclusos, entre los cuales se encontraban José Raúl Ortiz Sepúlveda, Charlyk Junior Ortega Solarte y Francisco Javier López Castillo, los cuales fueron señalados de formar parte del grupo delictivo...”

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El mismo 3 de enero de 2002 la Fiscalía abrió una indagación preliminar, por manera que practicadas en esta una serie de pruebas tendientes a establecer la existencia de los hechos y la identidad de sus autores, se inició sumario el 22 de mayo de 2003, al cual fueron vinculados mediante indagatoria, entre otros, Charlyk Junior Ortega Solarte, Francisco Javier López Castillo y José Raúl Ortiz Sepúlveda, a quienes se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de concierto para delinquir con fines extorsivos y extorsión agravada, en resoluciones del 23 de marzo de 2004, 10 de mayo del 2005 y 4 de junio de 2007, respectivamente.

2. En relación con los mencionados, el 28 de septiembre de 2007 se clausuró la instrucción y su mérito se calificó a través de resolución del 28 de diciembre de dicho año, con acusación en contra de López Castillo y Ortiz Sepúlveda por los punibles de concierto para cometer delitos de extorsión y extorsión agravada y con preclusión de la investigación a

favor de Charlyk Junior Ortega Solarte.

Respecto de esta última determinación el Ministerio Público interpuso recurso de apelación en virtud del cual la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali dispuso su revocatoria en proveído del 14 de abril de 2008 y en su lugar acusó a Ortega Solarte como probable autor de los punibles de concierto para delinquir y extorsión.

3. Tras verificarse seguidamente la etapa de la causa, ésta concluyó en primera instancia con sentencia del 5 de marzo de 2010, por cuyo medio Charlyk Junior Ortega Solarte y Francisco Javier López Castillo fueron condenados, cada uno, a la pena principal de 190 meses de prisión y multa equivalente a 4.500 salarios mínimos mensuales legales como coautores responsables de los ilícitos materia de acusación.

Igualmente fue condenado José Raúl Ortiz Sepúlveda, pero éste a prisión de 120 meses y multa equivalente a 2.600 salarios mínimos mensuales legales, como autor de concierto para cometer delitos de extorsión y tentativa de extorsión agravada.

4. Contra el fallo del a quo Ortega Solarte y su defensor interpusieron recurso de apelación; lo propio hizo el acusado López Castillo, sólo que éste manifestó argumentarlo verbalmente.

Se surtió luego el traslado para que los recurrentes sustentaren su impugnación, haciéndolo únicamente el apoderado de Ortega Solarte, por lo cual el juzgado de primera instancia en auto del 15 de junio de 2010 declaró desierto el interpuesto por los procesados y concedió el impetrado por el defensor de aquél.

En esas condiciones el Tribunal Superior de Cali, dictó sentencia el 11 de mayo de 2011, confirmando la impugnada, en relación con la cual se interpuso recurso extraordinario de casación por el representante del Ministerio Público y la defensa de Ortega Solarte y López Castillo.

LAS DEMANDAS:

1. La formulada por el Procurador Judicial.

Al amparo de la causal tercera de casación acusa el representante del Ministerio Público la sentencia recurrida de haberse proferido en un asunto afectado de invalidez por infracción al debido proceso y al derecho de defensa del acusado Francisco Javier López Castillo.

Lo anterior, sostiene, por cuanto dicho procesado, al momento de serle notificado el fallo del a quo, lo recurrió en apelación, expresando entonces el interés de sustentar verbalmente su inconformidad, pedido que no fue escuchado por los funcionarios de instancia quienes a cambio declararon y ratificaron la deserción de la impugnación, cuando lo procedente, en consideración del libelista, era permitir tal forma de sustentación o, en su defecto, reconvenir al apelante para que lo hiciera por escrito, a fin de no violar el axioma de la doble instancia.

Es que en opinión del demandante, si bien es cierto el artículo 185 de la Ley 600 establece que el recurso de apelación deberá interponerse por escrito, también lo es que normas rectoras de la misma sistemática, como el canon 16, exige la prevalencia del derecho sustancial para hacer posible su efectividad, o el 9º en cuanto pretende que la actuación procesal logre la eficacia de la administración de justicia, o el 15 en tanto exige prontitud y cumplimiento sin dilaciones injustificadas en la actuación procesal, o el 23 que faculta la remisión a otros códigos para su aplicación, como que todo eso explica por qué era factible que bajo el régimen de la Ley 600 se permitiera que un sujeto procesal sustentara su apelación de manera oral, máxime si se trata del propio acusado quien quería ser oído de manera directa por el juez de la causa.

Para remediar tal anomalía, agrega, debe retrotraerse la actuación a ese momento procesal declarando la nulidad de lo actuado, como así lo solicita, desde el auto del 15 de

junio de 2010 mediante el cual se declaró la deserción del recurso y así fijar fecha y hora para que el acusado presente sus alegaciones orales frente a la sentencia condenatoria o, en su defecto, se le requiera para que la sustentación la formule por escrito mediante el otorgamiento del plazo legal fijado en el artículo 194 de la Ley 600; de no procederse de esa manera se socavarían las bases del proceso en tanto se pretermite uno de sus eslabones, cual es el trámite del recurso de apelación, con efectos en el derecho de defensa del encausado.

2. La presentada en nombre del procesado Francisco Javier López Castillo.

Con fundamento también en la causal tercera acusa el demandante la sentencia impugnada de haber sido proferida en un asunto viciado de nulidad en la medida en que se vulneró el derecho a la defensa técnica de López Castillo.

Específicamente, dice, la defensa no controvertió las pruebas de cargo al dejar de solicitar la práctica de aquellas que cuestionaran las aportadas durante la instrucción, sobre todo porque no asistió a ninguna de las diligencias de indagatoria de Andrés Moncayo Estrada.

Por tanto, en su sentir, “De haber solicitado la práctica de pruebas testimoniales que no fueron controvertidas en la etapa del sumario, se hubiese podido rescatar información valiosa para ir construyendo la duda probatoria con aspectos que quedaron sin auscultar de todo lo vertido por el testigo Edwin Andrés Moncayo Estrada, no exploró ni se conocieron otros detalles de aspectos que influyeron en el testigo que vicia la legalidad de la prueba...”.

Así, por ejemplo, agrega, la defensa habría podido interrogar sobre las fechas y cantidades de dinero entregadas y recibidas por Moncayo Estrada de parte de López Castillo, así como quiénes habían sido testigos de ese hecho con los cuales verificar la realidad de lo acontecido.

Además, teniendo en cuenta las muestras de arrepentimiento que finalmente dejó entrever el citado testigo, la defensa técnica debió cuestionarlo acerca de la identidad de las personas por él referidas como ajenas a las ilícitas actividades, y sobre la supuesta coacción de que fue objeto y su retractación, sin embargo eso no se logró esclarecer debido precisamente a que dicha prueba no se solicitó, de lo contrario muy seguramente se habría demostrado que el testimonio de Moncayo Estrada constituía prueba ilícita.

“...lo menos, dice, que tenía que haber hecho la defensora era efectuar un análisis a cada una de las piezas procesales y medios de prueba existentes y como resultado inmediatamente ejercer la actividad solicitando a la Fiscalía la ampliación de la indagatoria de Edwin Andrés Moncayo Estrada, con el fin de interrogarlo para conocer con más detalles los hechos que afirmó y dio a conocer en que participó Francisco Javier López Castillo”.

En consideración del demandante, además de que no hubo en los anteriores términos controversia probatoria, el funcionario judicial, ante la carencia de una defensa técnica, eficiente, real y continua, se abstuvo de decretar las pruebas que directamente solicitó su prohijado, como los testimonios de Luz Dary Estrada y Epimenio Gómez que habrían arrojado claridad sobre las actividades de Andrés Moncayo y la posible coacción de que fue objeto para incriminar a López Castillo y los de Hernán González, el cabo Amu del Inpec y el comandante Andrés Peña que habrían aportado información sobre el comportamiento de López Castillo en reclusión.

“...de haberse practicado estas pruebas en la causa, la defensa había podido obtener un concepto más profundo sobre el tema, que hubiese servido para erigir otro argumento más para demostrar la duda probatoria, porque no se conoció otro elemento diferente a la declaración de Edwin Andrés Moncayo Estrada que comprometiera a Francisco Javier López Castillo, ni mucho menos existe en el proceso, prueba que respalde los

señalamientos que hizo contra el procesado López Castillo”.

De otra parte, sostiene el libelista, en cuanto a la autodefensa ejercida por el acusado, la ausencia de alegatos precalificatorios permitió que la acusación arribara sin reparo a la causa, no obstante que ante el inconformismo de López Castillo, era necesario y conveniente presentarlos.

Lo único que entonces hizo la defensa técnica fue solicitar copias del proceso, dejando que el acusado, sin ser abogado ejerciera este rol interponiendo recursos, presentando peticiones y solicitando insistentemente la práctica de pruebas, según así lo demuestra con la relación de todos los escritos que para dichos efectos presentó en el transcurso del proceso.

Otro hecho, agrega, que si bien no es relevante o trascendente pero que no puede dejar de mencionar, es la falta de interés de la defensa en interponer recursos, al menos el de reposición contra el cierre de investigación porque faltaba practicar las pruebas solicitadas en la diligencia de indagatoria, o respecto del calificadorio en cuanto se le atribuyó al acusado la condición de coautor sin tener en cuenta su pedido en indagatoria acerca de que se evacuaran las pruebas técnicas que permitirían acreditar su inocencia, como que así la Fiscalía ad quem habría establecido las afrentas a la defensa y a la investigación integral.

La defensa no presentó recurso alguno contra esas decisiones, ni la sentencia de primera instancia, lo cual en concepto del demandante es clara muestra de la deficiente defensa técnica que acompañó a su prohijado en todo el proceso.

Solicita por tanto, se case la sentencia impugnada para que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la notificación del proveído que clausuró la investigación y a cambio se rehaga el proceso con total respeto del derecho de defensa.

3. La formulada en nombre del procesado Charlyk Junior Ortega Solarte.

3.1. Primer cargo:

Con fundamento en la causal primera de casación acusa el libelista la sentencia recurrida de haber infringido indirectamente la ley sustancial por incurrir en un error de derecho por falso juicio de legalidad, toda vez que cuando en la indagatoria recibida a Edwin Andrés Moncayo Estrada éste hizo imputaciones contra terceros, nunca se le tomó juramento según lo establece el artículo 337 de la Ley 600 de 2000 y menos se le volvió a interrogar sobre las personas que mencionaba como partícipes de las actividades extorsivas; a cambio, dice, se le impuso el contenido del artículo 442 del C. de P.P. que nada tiene que ver con el rito del juramento y sus prevenciones.

En esas condiciones, afirma el censor, las imputaciones lanzadas por el procesado en cita fueron obtenidas de manera ilegal por no haber sido precedidas de una advertencia juramentada ni de la imposición de los artículos 266 a 269 de la Ley 600 y 442 de la Ley 599 de 2000, cuando ello resultaba de obligatorio cumplimiento en orden a satisfacer las reglas de recepción de la indagatoria, en tanto el imputado declarare contra otro.

Esas exigencias, agrega, tampoco se suplen con la ampliación de indagatoria recaudada a Moncayo Estrada el 5 de junio de 2003 por no ser posible sectorizarse en qué momento estaba rindiendo su versión de conformidad con los artículos 337 y 342 de la Ley 600 o en qué momento de su narración contra terceros se encontraba bajo la fórmula del juramento, habida cuenta que si bien es cierto desde el comienzo del acto el instructor le hizo las advertencias de los artículos 266 a 269 del C. de P.P. y 442 del C.P., no precisó la Fiscalía qué partes de su versión estaban precedidas del juramento y cuáles no, máxime cuando la regla general es la de recibir la versión de indagatoria de manera libre, espontánea y sin el apremio del juramento.

También, añade, son pruebas ilegales los reconocimientos fotográficos por no contar los

sujetos de identificación con un defensor, desconociéndose de ese modo lo establecido en los artículos 303 y 304 de la Ley 600.

En ese asunto, afirma, cuando se hizo el reconocimiento fotográfico por parte del sindicado Moncayo Estrada, además de que se omitió el juramento de rigor, se dejó de nombrar un defensor para quienes iban a ser reconocidos, situación que no podía salvarse con la actuación de quien apoderaba al procesado que hacía las incriminaciones, ni con la de otro abogado cuya designación fue finalmente revocada.

Ante esa afectación de ilegalidad, sostiene, tales actos procesales han debido ser declarados inexistentes y por ende carecer de eficacia probatoria para sustentar una decisión de condena en contra de Ortega Solarte, por eso solicita se case el fallo impugnado y en su lugar se absuelva a su defendido.

3.2. Segundo cargo:

Subsidiariamente y con apoyo en la causal segunda de casación acusa el defensor el fallo impugnado de ser incongruente con la resolución de acusación respecto de agravantes específicos que no fueron imputados en ésta, toda vez que favorecido Ortega Solarte con una preclusión en primera instancia, que luego fue revocada por el ad quem, éste a cambio acusó por el delito de extorsión previsto en el artículo 244 del Código Penal, sin referencia alguna a las agravantes señaladas en el 245.

No obstante lo anterior, agrega, la sentencia recurrida aumentó la dosificación punitiva con sustento en la circunstancia prevista en el numeral 3º del artículo 245 de la Ley 599 de 2000.

Por demás, afirma, frente al punible de concierto para delinquir la fiscalía ad quem hizo relación a su genérico sin especificación alguna de su finalidad, pero eso no fue óbice para que el fallador infiriera que la tipificación correspondía al inciso 2º del artículo

340 del C.P.

Constituye, de otro lado, en ese contexto un error retomar la calificación jurídica provisional hecha por la fiscalía de primera instancia: “no resulta procedente que al revocarse esa preclusión tenga que la judicatura retomar esa calificación provisional, las que le van a servir para estructurar la dosificación de la pena a Ortega Solarte”.

Como así, dice, se ha incurrido en un desbordamiento en la punibilidad, pide se case el fallo cuestionado y en su lugar se profiera uno congruente con la resolución de acusación dictada en segunda instancia contra su defendido.

3.3. Tercer cargo:

También subsidiariamente, pero sin señalar causal alguna que viabilice el recurso extraordinario, solicita casar la sentencia recurrida a fin de que, por virtud del principio de favorabilidad, se inaplique la Ley 733 de 2002 por haber entrado en vigencia el 29 de enero de dicho año, mientras que las conductas extorsivas datan del 28 de octubre de 2001, mas específicamente aquellas que en grado de tentativa fueron cometidas contra los ciudadanos Ever Escárraga, Clemencia Álvarez y Alberto García.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

1. Sobre las demandas formuladas por el Procurador Judicial II y el defensor de Francisco Javier López Castillo.

Por encontrar que las mismas se apoyan en la causal tercera de casación y guardan similitud en un aspecto de invalidez referido al acceso a la segunda instancia denegado a López Castillo cuando apeló el fallo del a quo y solicitó se le permitiera la sustentación verbal, se refiere el Procurador Segundo Delegado en lo Penal a ellas en el mismo acápite.

En ese contexto sostiene que el artículo 194 de la Ley 600 no exige para efectos de fundamentación una determinada forma porque alude simplemente a la “sustentación respectiva”, luego en ese orden encuentra razonables los pedimentos de los demandantes toda vez que también en su concepto se vulneró el derecho de defensa técnica al negársele al acusado la posibilidad de acceder a la segunda instancia.

Es claro, afirma, que el procesado sin ser abogado manifestó su intención de sustentar verbalmente su inconformidad ante los magistrados del Tribunal, pero como tal modalidad no la contempla la Ley 600, sino el Decreto 2700 de 1991, correspondía a su asistencia letrada ilustrarlo al respecto y proceder a coadyuvar o elaborar la respectiva sustentación, mas eso no fue lo que sucedió dada la orfandad de una defensa dinámica.

No obstante esa carencia, agrega el Delegado, es lo evidente que el defensor de López Castillo sí acudió a la audiencia preparatoria, aunque no solicitó pruebas ni interpuso recursos e hizo lo propio en la audiencia pública donde expuso una serie de argumentos juiciosos en aras de lograr la absolución.

Y si bien la defensa no impugnó el fallo del a quo, eso no era óbice para que los mismos procesados lo hicieran, como en efecto procedió López Castillo aunque haya pretendido una sustentación verbal desconociendo que se trataba de un asunto tramitado bajo la Ley 600 de 2000, al cual no era posible aplicarle el Decreto 2700 de 1991 ni la Ley 906 de 2004 que sí prevén la sustentación oral.

Empero, nada impedía para que el juzgador de instancia lo reconviniera sobre la necesidad de la sustentación escrita así no exista una específica norma legal que lo imponga.

Relieva el Ministerio Público, con apoyo jurisprudencial, el carácter fundamental que ostenta la doble instancia en el ámbito interno e internacional, para concluir que su entidad de garantía es tal que su vulneración apareja la nulidad que acá deprecaron el

Procurador Judicial y el defensor de López Castillo a efectos de que se rehaga lo actuado a partir de la ejecutoria formal del fallo de primera instancia, para que si a bien lo tienen el procesado o su defensor lo recurran.

Aunque comparte el Delegado los planteamientos de los demandantes en torno a la declaración de deserción del recurso de apelación que López Castillo interpuso contra la sentencia de primera instancia, dice no extender tal posición cuando se trata de los demás reparos efectuados por el defensor del procesado en mención por posible violación de la misma garantía en estadios anteriores, derivada de la omisión en notificarse personalmente de las providencias, interponer recursos y solicitar la práctica de pruebas fundamentales para demostrar su ajenidad en los hechos materia de juicio, porque, afirma, si bien en la sistemática procesal nacional se impone la obligación al ente instructor de investigar lo favorable y desfavorable al sindicado ella se condiciona a presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad.

Por eso, indica, no haber practicado las pruebas que había podido deprecar el procesado y ahora reclama el libelista, no conduce necesariamente a invalidar lo actuado porque además de que no se precisa cuál sería el efecto de aquellas, más allá del buen comportamiento del acusado, tampoco se sopesa su ausencia con los restantes elementos de juicio que soportan la sentencia, de ahí que los reparos en este sentido resulten intrascendentes frente a las pruebas de cargo que pesan en contra del acusado y determinan su indiscutible responsabilidad.

Cabe resaltar, dice el Ministerio Público, que la fundamentación del cargo se contrae a hipótesis, elucubraciones y supuestos favorables que le pudieron beneficiar en caso de haber sido practicadas las pruebas que se echan de menos, mas si se admitiera tal postura también serían de recibo consideraciones opuestas, esto es que los resultados fueran desfavorables, dentro de ese esquema hipotético.

Por tanto, concluye, las irregularidades planteadas, salvo la referida a la imposibilidad de acceder a la segunda instancia, no revisten el carácter de sustanciales como que ameriten la declaratoria de nulidad pretendida por el defensor de López Castillo.

2. Acerca de la demanda presentada por la defensa de Charlyk Junior Ortega Solarte.

2.1. Primer cargo.

Revisada la indagatoria de Moncayo Estrada, tanto en su primera versión y en las ampliaciones que le siguieron, encuentra el Ministerio Público observadas las formalidades legales que se aducen desconocidas, toda vez que al indagado se le juramentó como a un testigo cuando declaró en contra de terceros, así no lo haya sido con el ritualismo debido. Lo importante, dice, es que las afirmaciones las efectuó el deponente bajo la gravedad del juramento y de ese mismo modo se entendió y acogió.

Ahora, dicho procesado dijo conocer a las personas a quienes suministraba celulares dentro del establecimiento carcelario, por eso se dispuso un reconocimiento fotográfico que se verificó en varias sesiones con presencia del Ministerio Público y de un abogado defensor de quienes resultaran incriminados. En esas condiciones el sindicado colaborador de la justicia identificó a aquellas a través de su número distintivo carcelario o TD para luego ser interrogado con el apremio del juramento bajo las previsiones del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, dada la eventual incompatibilidad de la defensa, se optó por designar un abogado más que representara exclusivamente a los reconocidos en dicho acto, mas como se suscitara controversia jurídica en torno a la asistencia letrada de quienes aún no habían sido vinculados a la investigación, o ni siquiera identificados, incluido Ortega Solarte, la diligencia se suspendió.

Ahora, afirma el Delegado, si bien en la siguiente ampliación de indagatoria del 5 de

junio de 2003 a Moncayo Estrada no se le juramentó de entrada respecto de las imputaciones que hiciera contra Charlyk Ortega, al avanzar la diligencia se le puso de presente el contenido del citado artículo 337 y concordantes y así se le interrogó en calidad de testigo.

En las anteriores condiciones, asevera, el reproche resulta infundado, máxime cuando la jurisprudencia tiene establecido que la ausencia de juramento en el evento en que el indagado haga cargos contra terceros no afecta su validez ni eficacia.

2.2. Segundo cargo.

En concepto del Ministerio Público le asiste razón al censor en la denuncia de una violación al principio de congruencia, por ser cierto que los juzgadores de instancia consideraron que los tres encausados fueron vinculados, acusados y condenados por los punibles de concierto para cometer delitos de extorsión y extorsión agravada en concurso, pero sin tener en cuenta que la calificación sumarial aunque acusó por dichos ilícitos, no incluyó a Ortega Solarte a quien se le favoreció con una preclusión, mas como esta decisión fuera recurrida la Fiscalía ad quem la revocó y en su defecto profirió acusación contra dicho procesado por los mismos punibles, sin agravantes.

En consecuencia, señala, demostrado el yerro invocado por el libelista debe casarse parcialmente el fallo recurrido para en su lugar dictar uno de reemplazo respecto de la pena a que Ortega Solarte se hace acreedor, evento en el que advierte prescrita la acción derivada del delito de concierto para delinquir por el cual aquél fue acusado, toda vez que si el máximo punitivo que le corresponde es de 6 años de prisión significa que en el juicio la acción fenece por el transcurso de un lapso no inferior a cinco años contado a partir de la ejecutoria de la acusación y como esto aconteció el 14 de abril de 2008 significa que el período de extinción de la acción ya se verificó.

2.3. Tercer cargo.

En opinión del Ministerio Público esta última censura, que persigue la inaplicación de la Ley 733 de 2002, se evidencia infundada toda vez que los hechos materia de juzgamiento acaecieron desde mediados de 2001 hasta el primer trimestre de 2002 cuando ya estaba en vigencia dicha norma.

Solicita por todo lo anterior el Delegado, se case parcialmente el fallo recurrido en lo que hace a la pena impuesta a Charlyk Junior Ortega Solarte, para que la misma sea redosificada y se declare la prescripción de la acción derivada del delito de concierto para delinquir y se decrete la nulidad parcial de lo actuado a partir del auto del 15 de junio de 2010, a efectos de que se le restablezca al acusado Francisco Javier López Castillo la posibilidad de recurrir en segunda instancia la sentencia del a quo.

CONSIDERACIONES:

1. Sobre la demanda propuesta por el Procurador Judicial.

Ciertamente, el 30 de marzo de 2010, al momento de ser notificado personalmente de la sentencia de primera instancia, el procesado Francisco Javier López Castillo manifestó por escrito solicitar “apelación verbal”, y si bien los traslados pertinentes se agotaron el 18 de mayo siguiente, lo evidente es que tal impugnación no fue sustentada por escrito, ni ninguna determinación especial se adoptó por el a quo frente a la citada expresión, lo cual condujo a que en auto del 15 de junio de 2010 se declarara la consabida deserción.

En esas condiciones y en contra de lo pretendido por el recurrente, incluidos los cuestionamientos que sobre la materia hizo el defensor de López Castillo, y conceptuado por el Delegado del Ministerio Público, no encuentra la Sala que en dicha actuación se haya constituido irregularidad alguna, o más específicamente que se hubiera vulnerado el debido proceso en cuanto acceso a la segunda instancia o la defensa técnica por su supuesta ausencia dinámica en torno a ilustrar en ese respecto al apelante

lego, que conduzca a su invalidación.

El proceso penal, ha dicho la Corte en forma reiterada, es en esencia, escenario de controversia a través del cual el Estado ejercita la potestad de investigar, juzgar y sancionar la realización de conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico.

Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de modo arbitrario, ya que la ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas deben sujetarse las actuaciones del Fiscal, del Juez y de los sujetos procesales, siendo esta la manera en que se ordena el decurso procesal, el cual, adicionalmente, ha de encontrarse permanentemente ceñido a los principios y valores impuestos por la Carta Política, como presupuesto de validez de los actos del proceso.

En ese contexto el derecho de acceder a la segunda instancia tiene fundamento constitucional, en cuanto integra la noción de debido proceso, de acuerdo con las previsiones y excepciones que al respecto establezca la ley, como así se establece del principio previsto por el artículo 18 de la Ley 600 de 2000.

Bajo esos necesarios presupuestos y tramitado este asunto por los cauces de la Ley 600 citada, el recurso de apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, se halla sujeto a un conjunto de reglas legales a las cuales debe someterse todo aquél que pretenda hacer uso del mecanismo defensivo y a cuyo acatamiento debe propender por igual el funcionario judicial.

Tales parámetros implican que el recurso debe interponerse por escrito dentro de los tres días siguientes a la última notificación (artículos 185 y 186 ídem) y sustentarse dentro de un término de traslado de 4 días ante el funcionario de primera instancia (artículo 194 íbidem); además y no podría entenderse de otra manera, ese traslado y la sustentación ante el a quo suponen que ésta sólo puede ser por escrito.

Esas y no otras son las formas que componen el debido proceso del recurso de apelación en ese específico momento; no prevé la ley que la sustentación se haga por fuera o más allá de ese lapso de 4 días, ni que se efectúe ante el juzgador de segunda instancia, ni mucho menos que se posibilite hacerlo de modo oral, tampoco señala la ley algún mecanismo de reconvención al recurrente para que se ciña a las prescripciones normativas.

Pretender un rito diferente a ese plena y específicamente regulado conllevaría infringir las formas debidas de ese proceso de impugnación, implicaría la posibilidad de que las partes o el funcionario judicial introdujeran a su arbitrio reglas de lege ferenda o por fuera del ordenamiento so pretexto de cumplir un debido proceso o de satisfacer una prerrogativa de defensa que por igual debe ceñirse a esos parámetros indicados por el legislador: el debido proceso no se cumple infringiendo sus reglas o inventándolas a la conveniencia o interés de las partes o del funcionario judicial, según lo pretenden los recurrentes mencionados y el Ministerio Público.

Es que, a diferencia de lo previsto en el Decreto 2700 de 1991, precedente de la Ley 600 de 2000, ésta varió el esquema que conformaba el debido proceso del recurso de apelación, de modo que a partir de su vigencia el conformado en ella ya no contempla la posibilidad de sustentación oral ante el ad quem; deprecar o permitir que se aplique tal estructura a los procesos tramitados bajo la Ley 600 cuando ésta la excluyó y no la posibilita así se prediquen los principios generales a que alude el Procurador Judicial, sí constituiría una afrenta a las debidas formas procesales.

En términos de la Sala, expresados en decisión del 3 de diciembre de 2002, Rad. No. 17701:

“Al tenor del artículo 194 (214 y 215, anteriores) del código de procedimiento penal, el recurso de apelación -como una de las formas de acceder a la instancia superior-, no

sólo debe ser interpuesto de manera oportuna, sino también sustentado por escrito ante el mismo juez que profirió la providencia de cuya inconformidad se trata...”

O en providencia del 23 de febrero de 2006, Rad. No. 20900:

“En efecto, el artículo 194 de la ley 600 de 2000 solo alude a la “sustentación respectiva” de la apelación dentro del término previsto en él para su procedencia, pues a falta de la misma debe declararse desierto. Sin la exigencia de ningún requisito legal para esa carga procesal que asume el recurrente, se ha dicho que se cumple con ese cometido cuando de manera clara y precisa se exponen en el escrito las razones fácticas o jurídicas de su desacuerdo con las valoraciones y conclusiones de la providencia impugnada, que por eso mismo hacen necesaria su revocatoria, modificación, adición o aclaración.”

Huelga por tanto decir que ley y jurisprudencia son uniformes en señalar que las formas debidas del recurso de apelación en ese preciso respecto son las mencionadas: sustentación por escrito en un lapso de 4 días ante el funcionario de primera instancia, no otras. No verbal, ni más allá de ese lapso, ni ante el funcionario de segunda instancia, ni mediando reconvención al recurrente.

Por lo mismo, insólita resulta la aspiración del Delegado para que el juzgador de instancia reconviniera al apelante sobre la necesidad de la sustentación escrita así no exista una específica norma legal que lo imponga, como que olvida con ello que el servidor público se halla sometido a las previsiones constitucionales y legales y sólo puede hacer lo que ellas le ordenen, no más allá a riesgo de incurrir en extralimitación de funciones.

La perspectiva no cambia si el asunto se mira no a partir de la exclusiva óptica de las debidas formas procesales, sino desde la de la defensa técnica como lo propone el Delegado del Ministerio Público, porque, a no dudarlo, la aducida inasistencia letrada no existió o no tiene el talante que le asigna el Procurador a juzgar por los escritos

presentados por el mismo recurrente en los que da a entender no desconocer la sistemática del recurso y haber intentado contactar a su defensora para sentar una estrategia por razón de la apelación, de modo que acudió a solicitar la sustentación oral sólo como estrategia en aras de que se le aplicara por una improcedente favorabilidad, las previsiones de la Ley 906 de 2004, mucho menos cuando tuvo un considerable lapso para sustentar su impugnación, desde el momento en que la interpuso, 30 de marzo de 2010, hasta cuando se agotó el período de traslado, mayo 18 del mismo año.

Así se expresó el acusado en sus escritos del 28 de septiembre y 18 de noviembre de 2010: "...acudí a esta forma de apelación acogiéndome a la ley 906 de 2004 en cuanto a la oralidad de mi defensa... pensando que la Ley 906 de 2004 me acogía en su oralidad bajo la norma de favorabilidad y así tendría la oportunidad de hablar directamente con ustedes pues los documentos que hasta ahora he presentado no han servido de nada...", lo cual evidencia que aun ante la falta de ilustración de un profesional del derecho, el acusado tenía conocimiento de que su asunto se tramitaba por la Ley 600 y que su recurso debía sustentarlo por escrito, no de otra manera se explica su alusión al principio de favorabilidad, o el no hallazgo de otro mecanismo para hablar directamente con los miembros del Tribunal.

A diferencia entonces de lo conceptuado por el Ministerio Público el cargo propuesto por el Procurador Judicial, extendido a los cuestionamientos que en ese sentido hizo el defensor de López Castillo, carece de prosperidad.

2. Sobre la demanda formulada por el defensor de Francisco Javier López Castillo.

Pretende el demandante que se anule lo actuado por considerar que a su prohijado se le vulneró la prerrogativa de defensa en su acepción técnica en la medida en que los profesionales que ejercieron la misma no controvirtieron las pruebas de cargo pidiendo

su repetición en el juicio, más específicamente el testimonio de Andrés Moncayo; tampoco deprecaron la práctica de pruebas de descargo; mostraron un desinterés en interponer recursos y su ausencia fue tal que el propio procesado debió asumir su defensa.

Frente al anterior planteamiento es incuestionable obligación del censor revestirlo con aquellas exigencias propias a un tal reproche, no basta por eso sin embargo precisar la causal de la que emana el alegado defecto, es decir si se origina en la falta de competencia de los funcionarios judiciales, o en el desconocimiento de las formas propias del juicio, o en la violación del derecho de defensa, para que de tal manera se pretenda su prosperidad, sino que además de su específica concurrencia se impone demostrar la real afectación de los derechos del enjuiciado o de la estructura básica del proceso.

Reliévase, por tanto, dentro de ese esquema, el principio de trascendencia, que en términos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, implica que “quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”, porque la nulidad como remedio procesal no opera por la simple enunciación de un supuesto vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento; sólo en cuanto aquél constituya un error de garantía o uno de estructura, a través del cual se afecten, por el primero, las prerrogativas procesales en perjuicio de los sujetos intervinientes, o, por el segundo, el esquema de la instrucción o el juzgamiento, se hace viable el éxito de un cargo en dicho sentido.

Si bien, al confrontar esos requerimientos con la demanda que se examina, el casacionista plantea situaciones que en su concepto constituyen irregularidades que afectan sustancialmente la garantía procesal de la defensa, en su expresión técnica, es claro que su simple enunciación y eventual comprobación no conllevan a la

invalidez si el censor, más allá de su escueta aserción, no ha demostrado, como ciertamente no lo ha hecho, que ellas conculcaron la referida garantía de su prohijado.

En efecto, mirada la defensa en su aspecto técnico, el demandante se limita, desde su propia óptica y en un conveniente análisis a posteriori, según los resultados finalmente adversos a su cliente, a criticar la actividad o pasividad de quienes le antecedieron en el ejercicio del mismo encargo.

Una tal posición, carente así de contenido jurídico, no puede acarrear el extremo remedio que se demanda, porque indudablemente, dichas apreciaciones que de tal modo resultan subjetivas, no comportan lesión alguna a la defensa técnica, ya que, como fuere, el procesado, a través de los diversos abogados contó con los servicios profesionales que propendían a amparar sus intereses en este proceso, conservando así la facultad de ejercer las diferentes y concretas actividades en el cumplimiento de esa obligación de medio, máxime que en momento alguno el sindicado careció de la asistencia profesional que se le proveyó.

Ahora bien, aunque la formal existencia del defensor técnico dentro del proceso puede no necesariamente coincidir con el real ejercicio del cargo, éste no se comprende en el específico sentido como la interposición de recursos, la presentación de alegatos, la solicitud de pruebas, la formulación de interrogatorios en su práctica, porque aunque estas actividades aparentan ciertamente el ejercicio de la defensa, es obvio que no se confunden con el derecho mismo, habida cuenta que, frente a la especialidad de los diversos eventos, puede expresarse de diferentes maneras, lo cual no excluye la inactividad como estrategia que indudablemente no es dable cotejarse con aquél abandono nugatorio de las posibilidades defensivas, caso en el cual sí podría estarse frente a un irresponsable incumplimiento del defensor.

No es en efecto esto último lo que cuestiona el censor, porque si bien reconoce la presencia de la defensa, su crítica la dirige hacia la manera pasiva en que lo hizo, lo cual no implica la negligencia que él mismo señala ni el abandono irresponsable de las posibilidades defensivas con que en determinado momento contaba el imputado.

Por cuanto el respeto al derecho de defensa, bajo el supuesto constitucional de su permanencia en toda la actividad procesal, sólo es posible determinarlo en cada concreto caso frente a los diversos matices que caractericen su específica dinámica, en eventos como el presente en que la censura se fundamenta en una presunta ausencia de defensa técnica, a pesar de que formalmente siempre actuó un defensor, resulta imperativo distinguir entre el material abandono del deber y la ausencia de manifestaciones externas u objetivas de su actividad en el proceso de cara a una aparente pasividad de quien así fungió, en relación con la presentación de solicitudes de diverso orden o de la formulación de recursos, toda vez que el ejercicio de la defensa, dada su razón de ser personal e individual, no puede obedecer a patrones preestablecidos por la normatividad o la experiencia y menos a la concepción que de aquella pueda asumir un tercero, porque siendo el propósito el buscar una decisión en pro de los intereses del sindicado la que no siempre ha de entenderse como la absolucón sino la que objetivamente resulte más benéfica al inculpatado, es aquel fin el que impone los medios a utilizar, lo cual ineluctablemente depende de la prueba y de la dinámica que a ésta le impriman el instructor y el fallador.

Porque concerniendo al Estado como titular de la acción penal la carga de la prueba y no obstante que en ese aspecto se faculte la intervención de los sujetos procesales, no menos patente es que éstos mismos también tienen la prerrogativa de guardar silencio y de permitir que la oficiosidad sea la que se active en aras de descubrir los hechos y su autor, bien porque consideren que ello convenga jurídicamente de modo suficiente a los fines propuestos o porque a través de tal actitud puedan beneficiarle las eventuales

deficiencias investigativas, como es posible que acontezca en aquellos asuntos en que, a pesar del inicial compromiso probatorio, se espera que un cierto medio de convicción no arribe a la actuación, pues así se estructuraría la duda en favor del procesado, táctica que evidentemente no podría calificarse demostrativa de desidia, omisión o abandono reprochable.

Se impone por eso diferenciar la ausencia de defensa técnica por abandono de la misma, de aquella postura defensiva que advierte la vigilancia del proceso y que no obstante aparentar indiferencia o pasividad, presta se encuentra a intervenir en el evento en que lo considere necesario, sin que la oportunidad tenga que coincidir con alguna etapa procesal específica, pudiendo incluso permanecerse en expectativa, según la situación procesal y probatoria o que éstas se presenten favorables al inculcado, dentro de las cuales es su expresión más clara la táctica que pretende sustentarse en la duda probatoria.

En este evento menos trascendente se evidencia la censura planteada cuando la supuesta deficiencia defensiva se traduce en la ausencia de controversia y solicitud probatoria acerca de determinados tópicos sobre los que el propio censor especula, lo cual de por sí ya patentiza una situación que en ese contexto resulta hipotética, porque así como el defensor colige unos resultados bien podría, según lo sostiene el Delegado del Ministerio Público, inferirse unos diferentes y desfavorables al procesado.

A este respecto no puede olvidarse que el defensor, sea de confianza, de oficio o vinculado al servicio de defensoría pública, en ejercicio de la función de asistencia profesional goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación, asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor

idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate..., Auto del 22 de julio de 2010, radicación 30.525.

...sustentado el cargo no en la inactividad de la defensa, sino en su inadecuado ejercicio, la inconformidad del impugnante resulta per se inatendible porque, conforme lo tiene dicho la Sala, en sede de casación no resulta dable juzgar el acierto o desatino de la gestión profesional de los defensores que precedieron al actor, pues cada letrado tiene su particular forma para afrontar la labor encomendada, sin que sea factible determinar en forma irrefragable cuál pudo ser la mejor y más afortunada estrategia defensiva. Auto del 27 de febrero de 2013, radicación 39.394.

Olvida por demás el recurrente que la controversia probatoria no se restringe solamente a la posibilidad de contrainterrogar, según parece entenderlo al insistir en que sus predecesores debieron pedir escuchar en el juicio el testimonio de Andrés Moncayo, así como que la permanencia probatoria propia del esquema procesal de la Ley 600 cual ampliaba el espectro de controversia a otros ámbitos y no meramente al citado.

Y en cuanto a pruebas cuya práctica no se solicitó, es claro que las condiciones de utilidad, pertinencia y conducencia no fueron acreditadas para determinar la trascendencia de la alegada omisión, máxime si lo que se aduce por demostrar con la declaración de los funcionarios del INPEC y un compañero de reclusión es el buen comportamiento del procesado y sus oficios en el penal, como si eso fuera suficiente para desvirtuar la comisión de una conducta punible.

Menos utilidad se advierte cuando se alega la ausencia de la declaración de la progenitora de Andrés Moncayo en torno a la supuesta coacción de que fue sujeto, porque tal

temática ya se hallaba suficientemente planteada en el proceso y ella fue objeto de análisis por parte de los funcionarios de instancia al examinar una eventual retractación.

Eso en cuanto a la defensa técnica en frente de la controversia y solicitud probatoria, porque en relación con la no interposición de recursos hasta el propio censor reconoce su irrelevancia e intrascendencia: “otro hecho, dijo, que si bien no es relevante o trascendente, pero que no se puede dejar de mencionar, es la falta de interés de la defensa para interponer recursos...”.

Por ende, la censura se restringe simplemente, en un análisis a posteriori, a discrepar sobre la manera en que se encauzó la defensa y en dicho sentido, tal como lo relievra el Ministerio Público su intrascendencia es ostensible, por eso carece de prosperidad.

3. Acerca de la demanda presentada por el defensor de Charlyk Junior Ortega Solarte.

3.1. Primer cargo.

Que al entonces sindicado Edwin Andrés Moncayo Estrada no se le haya juramentado cuando hizo imputaciones contra terceros, o exista confusión al respecto para determinar qué dijo bajo el apremio de esa formula o sin ella, constituye una irregularidad carente de sustancialidad que no puede afectar la legalidad de ese medio de defensa y probatorio.

El tema se halla suficientemente decantado en la Sala, así, en sentencias del 13 de junio de 2007, Rad. No. 24252 y del 12 de agosto de 2008, Rad. No. 25917, se dijo:

El censor se limita a afirmar que la indagatoria ...no puede tenerse como válida en cuanto a los cargos hechos a su defendido, empero, aunque el artículo 337 de la Ley 600 de

2000, prevé que si el indagado declara contra otra persona se le debe volver a interrogar bajo juramento como si se tratara de un testigo, con las implicaciones que ello apareja relacionadas con la amonestación previa acerca de la importancia y consecuencias penales, lo cierto es que la ausencia de ese requisito no vicia la indagatoria, porque, atendida la dual característica de medio de defensa y medio de prueba, el juramento que se toma cuando el indagado atribuye cargos contra terceros, sólo tiene connotaciones frente al compromiso de su responsabilidad en relación con esas declaraciones si, eventualmente, llegare a ser investigado por un falso testimonio en el caso de que haya faltado a la verdad en esas sindicaciones.

De tiempo atrás la Corte ha precisado que:

“[P]or omitirse juramentar al indagado frente a los cargos que lanza contra terceros, la versión dada en esas condiciones no pierde validez ni eficacia porque conserva su calidad de prueba, que como tal debe ser apreciada por el funcionario judicial con apego a las pautas de la sana crítica y en especial con los criterios de evaluación fijados por el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, equivalente al 294 del Decreto 2700 de 1991. El único efecto adverso de la falta de juramento es la imposibilidad de investigar a quien declaró falsamente (cfr., entre otras, sentencias del 22 de octubre de 1998, Radicación 10.934; 21 de noviembre de 2002, radicación 14065, y 27 de febrero de 2003, radicación 17.837)”.

De acuerdo con lo anterior, al no entrañar el juramento del indagado, cuando hace cargos contra terceros, condición de validez de tal acto procesal, no se genera nulidad de la indagatoria, pues los efectos de tal omisión se analizarán, reitérese, en relación con las imputaciones formuladas, de ahí que no constituya un desafuero su análisis como declaración y como injurada, motivo por el que, ... el reproche no tiene vocación de prosperidad por su manifiesta intrascendencia.

No constituye por tanto error de derecho por falso juicio de legalidad que el juzgador haya valorado las incriminaciones hechas por Andrés Moncayo contra Ortega Solarte en su diligencia de indagatoria, sin que aquel hubiere sido juramentado o existiese confusión entre lo declarado bajo el apremio del mismo o por fuera de él.

Similar conclusión cabe predicarse de la ausencia de dicha formalidad en las diligencias de reconocimiento fotográfico, dada además la naturaleza jurídica de tal acto en tanto complemento de la prueba testimonial, a propósito de las cuales el censor también persigue su invalidez por considerar que se omitió una exigencia que cataloga de sustancial, como es la presencia de un defensor que asistiera a los reconocidos o por reconocer.

Al respecto, la jurisprudencia (Casaciones del 18 de abril de 2002 Rad.15810; 24 de octubre de 2002, Rad.14064; del 12 de junio de 2003, Rad. 15050, 25 de febrero de 2004, Rad. 21587; 7 de septiembre de 2006, Rad. 24578; 30 de noviembre de 2006, Rad. 26439 y del 16 de mayo de 2007, Rad. 26934, entre otras), también ha sido profusa en señalar que en las condiciones en que se produjo el reconocimiento fotográfico acá cuestionado, esto es cuando todavía Ortega Solarte no había sido identificado o individualizado y sólo se conocía su apodo o tan solo un símil de su primer nombre, no se incurre en irregularidad que afecte la legalidad de la prueba por no contarse con la presencia de un defensor.

Los supuestos fácticos procesales en los cuales se sustenta el ataque a los reconocimientos realizados a través de fotografías por los coprocesados... no se discuten, pues de la revisión del proceso se establece que en ellos no se designó defensor a las personas a reconocer, ni intervino un representante del Ministerio Público, ni se fijó anticipadamente fecha para su realización, pero no por esto puede afirmarse la ineficacia de la prueba, como lo sostiene el demandante, con el eco del Procurador Delegado.

La diligencia de reconocimiento a través de fotografías, cuya práctica regulaba el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente (hoy 304 del nuevo estatuto), presupone la existencia de un imputado, es decir, de una persona conocida, a quien se le atribuye el hecho, y de quien se tiene un registro fotográfico. Es lo que surge del contenido de la norma, donde se establece que el reconocimiento deberá hacerse sobre su fotografía, acompañada de por lo menos seis fotografías más. En tratándose de esta prueba, la diligencia requiere para su validez la presencia del defensor del imputado (persona conocida), y un representante del Ministerio Público.

Cuando no se tiene imputado conocido, y de lo que se trata es de establecer su identidad con la ayuda de registros fotográficos, no es necesario el cumplimiento de las referidas exigencias, por no estarse frente a un reconocimiento propiamente dicho (de un imputado), sino frente a un simple acto de constatación de su identidad, y porque la intervención del defensor solo tiene sentido en la medida que exista una persona debidamente determinada, a quien representar o asistir en el curso de la diligencia. Las designación de defensores “en abstracto”, ha sido dicho por la Corte, no tienen cabida en el procedimiento penal.

Las diligencias de reconocimiento cuya legalidad es cuestionada por el casacionista..., se realizaron en el curso de las indagatorias de los procesados... con el fin de identificar, con la ayuda de un álbum fotográfico, las personas que habían participado en la comisión del delito, cuyos nombres desconocían, o sólo distinguían por sus apodos...

Como puede claramente verse, no se trataba de reconocer a un imputado conocido, sino de establecer su identidad, desconocida para entonces por los indagados, con la ayuda de un álbum fotográfico. De allí que no fuera necesario para la validez de esta prueba, el cumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 369 del estatuto procesal de 1991 (304 del actual), que la censura echa de menos.

Además de que en las anteriores condiciones no se configura error de derecho por falso juicio de legalidad al no haber supuestamente asistido un defensor a la diligencia de reconocimiento fotográfico, es incuestionable también que un reproche en ese sentido resulta intrascendente no sólo porque no se aprecia de qué manera se afectaron las garantías del acusado Ortega Solarte, sino porque con vista en las primeras argumentaciones ofrecidas como respuesta a este cargo, es claro que se mantiene incólume el testimonio de Andrés Moncayo.

Por eso la censura carece de prosperidad.

3.2. Segundo cargo:

En efecto, al calificarse el sumario en primera instancia la Fiscalía acusó a Francisco Javier López Castillo y a José Raúl Ortiz Sepúlveda, mientras que a Charlyk Junior Ortega Solarte lo favoreció con una decisión preclusiva.

Pero para esos propósitos partió el ente instructor de acreditar la materialidad de los hechos investigados que entonces tipificó como concierto para cometer delitos de extorsión, (que según el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 se sancionaba para la época de los sucesos con pena privativa de la libertad de 6 a 12 años) y extorsión agravada por consistir el constreñimiento en amenaza de muerte, lesión o secuestro o acto del cual pudiera derivarse calamidad, infortunio o peligro común, conducta que por virtud de los artículos 244 y 245 ídem (modificados por la Ley 733 del 29 de enero de 2002), se punía con prisión de 12 a 16 años aumentada hasta en una tercera parte.

Así lo señaló expresamente:

“La conducta punible por la cual están llamados a responder Charlyk Junior Ortega Solarte, Francisco Javier López Castillo y José Raúl Ortiz Sepúlveda, es la consagrada en el Libro Segundo, Título VII, capítulo segundo, artículo 244 del Código Penal vigente y se

denomina extorsión...la conducta desplegada por los vinculados se somete a la circunstancia de agravación señalada en el artículo 245.3 del Código Penal...igualmente están llamados a responder en concurso heterogéneo y sucesivo de tipos con art. 340 del C.P....”.

Tras ese básico supuesto demostró seguidamente la materialidad de dichos delitos, mas cuando se adentró a analizar la responsabilidad de Ortega Solarte encontró que el testimonio de Moncayo lo eximía, por ello la preclusión.

Inconforme con esta determinación, el Ministerio Público la apeló y sin cuestionar en manera alguna el aspecto objetivo de las conductas imputadas a los sindicatos ni su tipificación, se dedicó simplemente, a diferencia de la Fiscalía a quo, a resaltar la existencia de la prueba legalmente exigida que comprometía la responsabilidad de Ortega Solarte, en relación con quien pidió entonces se le acusara por los delitos cuya materialidad nadie discutió.

La Fiscalía de segunda instancia, a su turno, limitando su competencia en términos del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal al objeto materia de disenso, restringió su análisis a la responsabilidad del sindicato en mención y a la prueba de la misma que obraba en el proceso, sin cuestionar en parte alguna la existencia de los hechos a él imputados por el a quo ni su tipificación.

En esas condiciones, hallando razonado el sustento de la apelación por determinar “la interferencia de esta persona en la realización de las conductas punibles investigadas”, revocó la preclusión y a cambio acusó a Ortega Solarte “por la conducta punible consagrada en el libro segundo, título VII, capítulo II, artículo 244 del Código Penal colombiano denominada extorsión modificada por el artículo 5 de la Ley 733 de 2002, en concurso heterogéneo y sucesivo con el tipo contemplado en el artículo 340 del C.P. modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002”.

Las sentencias de instancia condenaron entonces a Ortega Solarte por los delitos así calificados como concierto para cometer delitos de extorsión y extorsión agravada, más el censor entiende ahora, con el aval del Ministerio Público, que en ese entorno se vulneró el principio de congruencia porque comprenden que la acusación finalmente lo fue por el punible de concierto previsto en el inciso 1º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 y de extorsión sin la agravante deducida en primera instancia.

Empero, en criterio de la Corte el parámetro de congruencia no puede obedecer a ese lacónico ejercicio de cotejación literal que hacen el recurrente y el Delegado sin consideración alguna por la sistemática dentro de la cual se surtió la calificación y su impugnación.

Es que sí la sustentación de la apelación es carga para el impugnante y constituye presupuesto ineludible para acceder a la segunda instancia, la fundamentación expuesta en cuanto identifica su pretensión adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, según lo dispone el artículo 204 de la ley 600 de 2000. La sustentación, en otras palabras, fija el marco de examen y pronunciamiento sobre la cuestión debatida al funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

Bajo ese elemental supuesto jurídico legal, es apenas obvio que en este evento sin que se hubiera discutido la materialidad de los hechos, ni su tipificación, la fiscalía ad quem no la modificó y ni siquiera la analizó porque ese aspecto no le fue propuesto como tema de segunda instancia, por ende en ese respecto podría decirse que, al igual que la sentencia, constituiría la acusación una unidad inescindible en aquellos aspectos que sin haber sido cuestionados no fueron desde luego alterados, trocados o modificados.

Cómo entender en este caso que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal modificó la adecuación típica de los hechos, efectuada por la a quo, si ese tema ni fue propuesto por

el apelante y mucho menos examinado por la ad quem, dada su limitada competencia en términos del artículo 204 de la Ley 600 de 2000?

La mera nominación de los artículos 340 y 244 del Código Penal no tiene la entidad tal para entender que por ello se modificó la acusación en el aspecto objetivo y de tipicidad de los hechos.

En tal virtud, si en esas circunstancias bien se comprende que en realidad la acusación proferida por el a quo no fue alterada por el ad quem en torno a la tipificación de las conductas, imperativo es colegir que ésta correspondió a los punibles de concierto para cometer delitos de extorsión y extorsión agravada y como por ellos precisamente se irrogó la sentencia recurrida extraordinariamente, huelga colegir que no hay la incongruencia que alega el casacionista y avala el Ministerio Público.

Por eso, además de que el cargo en esas condiciones carece de prosperidad, los restantes pedimentos de redosificación punitiva y prescripción de la acción penal derivada del delito de concierto para delinquir que hiciera el Delegado, se presentan infundados.

3.3. Tercer cargo:

Según lo informa el testigo de cargo los hechos constitutivos de los delitos materia de condena empezaron a suceder desde junio o julio de 2001 ejecutándose por un lapso aproximado de año y medio, es decir hasta finales de 2002, lo cual resulta coherente con los hallazgos que se obtuvieron por razón de la investigación previa que se adelantó en este proceso entre enero de 2002 y mayo de 2003.

Ahora, las acciones constitutivas del concierto y del punible contra el patrimonio económico no fueron las tres a que alude el censor en grado de tentativa, ellas abarcaron como ya se dijo el año 2002 y muchas lo fueron en grado de consumación, luego es incuestionable que su ejecución se produjo estando en vigencia la Ley 733 del 29 de enero

de 2002, por ello la pretensión de que ésta se inaplique deviene carente de fundamento.

Así por demás lo explicitó razonadamente el sentenciador de instancia:

“...los acusados deberán responder al menos por un delito de extorsión consumado, pues si bien resulta evidente que en varias ocasiones recibieron de manos de Edwin Andrés Moncayo Estrada el producto de tan reprochables conductas, señal inequívoca de que varias llegaron a la perfección, conductas que dicho sea de paso, se desarrollaron a finales de 2001 y durante el 2002, de ahí que deba darse aplicación al incremento de la ley 733 de 2002...”.

Tampoco tiene este reparo vocación de éxito.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria