



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP1036-2018

Radicación N° 43533

Aprobado acta N° 115

Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación presentado en nombre del procesado JEAN ARLAND CARDONA CARDONA contra la sentencia dictada en el Juzgado Único Penal del Circuito de Funza (Cundinamarca) que confirmó la emitida en el Juzgado Penal Municipal de ese municipio, mediante la cual fue declarado autor penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. El 22 de diciembre de 2005, en los dormitorios múltiples de la *Escuela Penitencia* del *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)*, situada en el kilómetro 3 de la

vía Funza-Cota, la maleta en la que guardaba sus pertenencias el inspector José Higinio Artunduaga Arias fue violentada en sus cierres y de la misma sustraído, con su munición, un revólver marca Llama Casidy, calibre 38L, arma de fuego que, tras la denuncia del citado, fue recuperada al día siguiente por guardias del *INPEC* en la casa de María Isabel García Velásquez (a quien el personal de esa dependencia confiaba el lavado y planchado de ropa), la cual explicó que el día anterior en horas de la tarde el también inspector JEAN ARLAND CARDONA CARDONA la llevó y se la dio a guardar.

El últimamente citado y el denunciante estaban alojados en el referido centro de formación en desarrollo de actividades propias de un curso para ascender a *Inspector Jefe*¹.

2. Luego de corregida la nulidad decretada por la errónea vinculación como persona ausente de CARDONA CARDONA (quien restablecido en su derecho, por sugerencia del hoy demandante, optó por guardar silencio en el momento de la indagatoria), la Fiscalía General de la Nación el 30 de mayo de 2011 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra aquél, en calidad de autor del delito de hurto calificado y agravado, según los artículos 239, 240, numeral 3°, y 241, numeral 11, de la Ley 599 de 2000, pliego de cargos apelado por la asistencia técnica del procesado y confirmado el 13 de enero de 2012, pero aclarando en la parte motiva que la circunstancia a deducir con base en el artículo 240 del Código Penal Sustantivo ciertamente no era la del numeral 3°, como lo alegó la defensa, pero sí la señalada en el numeral 1° del mismo precepto².

¹ Cuaderno de la instrucción, folios 1-3 y 33-35. Cuaderno de la causa, folios 89-91 y 140-148.

² Ídem, folios 24, 26, 27, 40, 43, 44, 45, 48-51, 66, 67, 72-77 y 90-99. Cuaderno 2ª Inst. Fiscalía, folios 2-16. Cuaderno de la causa, folios 2, 3, 15-18, 27 y 28.

3. La fase de la causa se adelantó en el Juzgado Penal Municipal de Funza (Cundinamarca), cuyo titular, el 10 de julio de 2013, dictó sentencia condenatoria contra el enjuiciado por el delito atribuido y en tal virtud le impuso pena principal de cuarenta y dos (42) meses prisión, y accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso; además, le concedió el subrogado de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural y se abstuvo de imponerle gravamen alguno por concepto de perjuicios derivados del injusto, providencia contra la cual interpuso recurso de apelación el defensor del acusado³.

4. La alzada fue resuelta el 31 de octubre de 2013 en el Juzgado Único Penal del Circuito de Funza en el sentido de confirmar el pronunciamiento atacado, fallo de segundo grado contra el cual el apoderado del procesado formuló el recurso extraordinario de casación por vía discrecional, cuya demanda la Sala declaró ajustada a los requisitos de Ley, y sobre la misma el agente del Ministerio Público emitió el concepto de rigor⁴.

II. LA DEMANDA

5. Empieza el censor por señalar que acude a la vía excepcional y con fundamento en el artículo 207, numeral 3, de la Ley 600 de 2000, advierte que la sentencia se dictó en un juicio nulo por vulneración de las garantías del debido proceso, el derecho de defensa y el derecho a la intimidad inherentes a su poderdante.

³ Cuaderno de la causa, folios 33, 40, 44-46, 89-91, 140-148, 154-163, 164-175 y 200-213.

⁴ Cuaderno 2ª Inst. Juicio, folios 2-20 y 28-55.

Para demostrar lo anterior aduce las siguientes razones:

5.1. Señala que como la acusación de segunda instancia acogió su petición de excluir los elementos de conocimiento obtenidos a través de las labores de Policía Judicial que sin respaldo legal adelantaron funcionarios del *INPEC* para recuperar el arma hurtada, lo procedente era declarar la nulidad de todo lo actuado, según la jurisprudencia de esta Sala, pues los mismos tienen la connotación de “*ilícitos*” ya que fueron obtenidos con violación del derecho a la intimidad de María Isabel García Velásquez.

Advierte, de otra parte, que al emitir la decisión de segunda instancia frente al pliego de cargos, el respectivo funcionario incurrió en otras irregularidades porque sin atender el principio de limitación y la prohibición de reforma en peor, cambió la circunstancia deducida en primera instancia por una que el procesado no conocía y no tuvo oportunidad de controvertir, además que también fue ambiguo acerca de la configuración de la causal de agravación del artículo 241, numeral 11, de la Ley 599 de 2000, pues al responder su solicitud de prescripción, aseguró no tenerla en cuenta para los respectivos cómputos, y de remate, pese a tales reformas expresas, en la parte resolutive le impartió confirmación integral a la acusación.

Por último igualmente censura la ausencia de notificación personal del referido pronunciamiento, tanto a la defensa técnica como al procesado, lo cual habría impedido a esos sujetos procesales conocer las comentadas modificaciones.

5.2. En relación con los fallos de primero y segundo grado advierte que el a-quo al decretar de oficio y practicar la declaración de María Isabel García Velásquez no hizo otra cosa

que “reorganizar la prueba que había sido declarado nula por ilícita” por la Fiscalía, y que el ad-quem al desatar la apelación, sin responder cabalmente la queja por incongruencia, igualmente sustentó la confirmación de la condena en las mismas pruebas “ilícitas”, así como en el fallo disciplinario emitido contra su poderdante, pese a que éste fue revocado por el Consejo de Estado con base en la prescripción de la acción disciplinaria.

5.3. De acuerdo con todo lo anterior solicita, como única pretensión, decretar la nulidad de la actuación a partir del “*día en que allanaron y registraron la casa de la señora María Isabel García Velásquez*” funcionarios del INPEC que carecían de facultad para ello, y así reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual “*cuando de prueba ilícita se trata, la única solución es la nulidad, y no la simple exclusión de la prueba como sucedió en el proceso que nos ocupa, pues a pesar de que tal infortunio judicial se dio en la etapa de la investigación, es claro que los jueces de las instancias ordinarias guardaron silencio sepulcral al respecto, retomaron las pruebas que habrían sido excluidas y como si fuera poco lo anterior, desbordaron el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia*”.

III. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

6. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal estima que el reproche no debe prosperar.

Destaca que en este caso los funcionarios del *INPEC* no llevaron a cabo diligencia alguna de allanamiento y registro en la casa de María Isabel García Velásquez, como erróneamente lo aduce el censor, sino una entrevista con la citada, en la que ella voluntariamente les contó el obrar del procesado y les entregó el arma de fuego que éste le había dado aguardar,

actuación frente a la cual la agente del Ministerio Público indica que, con base en la ley vigente, los aludidos funcionarios de la guardia penitenciaria no estaban facultados a realizar.

Agrega que tal falta de competencia determinó la ilegalidad, mas no la ilicitud, de los respectivos medios de prueba (informe policivo, las actas de entrevista e incautación del arma de fuego, y el registro fotográfico del elemento entregado) y por contera la ulterior orden del fiscal de segunda instancia en el sentido de que debían de ser excluidos de valoración, única consecuencia posible en relación con tales actos, motivo por el que la solicitud de nulidad del demandante debe ser desestimada.

En cuanto al desconocimiento de la prohibición de reforma en peor y del principio de limitación por parte del fiscal de segunda instancia, la agente del Ministerio Público precisa que no es cierta la configuración de una irregularidad semejante, porque la asistencia técnica al impugnar el pliego de cargos cuestionó la estructuración del delito y expresamente la configuración de la circunstancia calificante prevista en el artículo 240, numeral 3°, de la Ley 599 de 2000, razón por la que el superior del instructor al resolver la controversia tenía facultad para pronunciarse integralmente sobre todos los aspectos ligados inescindiblemente a ese tema.

De suerte que al encontrar que la situación fáctica debatida no permitía atribuir la causal de intensificación punitiva impugnada, pero si la del numeral 1° del citado artículo, el fiscal de segundo grado obró dentro de su órbita funcional, y la correspondiente decisión tampoco acarreo lesión a la prohibición de reforma en peor, pues no significó un agravamiento de la situación jurídica del procesado con repercusión en el tipo y magnitud de la sanción aplicada.

Agrega la Delegada que mucho menos se quebrantó el derecho de defensa, toda vez que frente a la calificación jurídica de la conducta fijada por la Fiscalía en segunda instancia, en la subsiguiente etapa del juicio el procesado y su representante gozaban de las oportunidades para controvertir la causal imputada, razón por la que tampoco habría lugar a decretar la nulidad de lo actuado como lo pretende el censor.

Finalmente, respecto de lo alegado por el demandante en cuanto a que el a-quo “reorganizó” la prueba excluida al ordenar y recibir de oficio la declaración de María Isabel García Velásquez, la colaboradora de la Procuraduría señala que no es acertada tal censura, pues en las instancias no se tuvo en cuenta el informe ni la entrevista de aquélla, presentados al inicio del proceso por los funcionarios del *INPEC*, ya que la condena fue sustentada en la denuncia y su ampliación rendida por la víctima, así como en el testimonio de la citada dama, cuyo origen no está en los actos excluidos por ilegales, sino en la queja del ofendido, en la que éste indicó cómo, tras el hurto de su arma, supo quiénes eran los únicos compañeros de curso que salieron de la *Escuela Penitenciaria*, entre ellos el acusado, y hacia donde se dirigieron, siendo evidente entonces que la aludida declaración es independiente y no está contaminada por vicio alguno.

En conclusión, la agente del Ministerio Público solicita no casar la sentencia impugnada.

IV. CONSIDERACIONES

7. Previamente impera señalar que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, una vez ha declarado la respectiva

demanda ajustada a derecho al superar los defectos lógico argumentativos del cargo (evidentes en este caso), en armonía con los fines del recurso extraordinario de casación (artículo 206 de la Ley 600 de 2000) lo procedente es resolver los problemas jurídicos evidenciados, bien con sujeción a la queja, o los advertidos a raíz del examen de la actuación.

En el presente evento el censor acudió a la causal tercera de casación para deprecar la invalidación de lo actuado, esencialmente, por dos aspectos:

(I) En primer lugar, porque entiende que la exclusión de los elementos de conocimiento ordenada en la segunda instancia del pliego de cargos no era la sanción apropiada, sino la nulidad de todo lo actuado porque aquéllos en verdad tendrían la connotación de pruebas “*ilícitas*” por cuanto fueron obtenidas con detrimento del derecho fundamental a la intimidad de María Isabel García Velásquez.

(II) En segundo término, por el agravio o desconocimiento de la garantía o *prohibición de reforma en peor* así como del *principio de limitación* inherente al recurso de apelación, porque aun cuando el fiscal de segunda instancia le dio la razón a su inconformidad sobre la no configuración de la circunstancia calificante del hurto prevista en el artículo 240, numeral 3°, de la Ley 599 de 2000, endilgada en primera instancia, sin embargo el funcionario *motu proprio* la sustituyó por la consagrada en el numeral 1° mismo precepto, sustentada en una situación fáctica novedosa y no considerada por el inferior.

En relación con los señalados problemas la Sala emitirá el pronunciamiento de fondo, sin perjuicio de anunciar desde ya

que sólo el segundo tiene visos de prosperidad, aunque no con los alcances enervantes deprecados, lo cual, además, de todas maneras no es óbice para que la Corte inicialmente haga unas precisiones puntuales sobre la primera cuestión en procura de reiterar su decantado criterio jurisprudencial en relación con ese tema para aclarar la evidente confusión del demandante.

8. De acuerdo con el último inciso del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia es “*nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso*”.

Tal sanción halló desarrollo en la legislación procesal penal desde el Decreto Ley 2700 de 1991 (artículos 246, 250 y 253), pues la consagración del principio de libertad probatoria para acreditar los elementos objetivo y subjetivo de la conducta punible, o los perjuicios derivados del delito, se equilibró al condicionar el desarrollo de una tal actividad al absoluto respeto de “*los derechos fundamentales*”, so pena de ser inadmitidas o rechazadas, entre otras, las pruebas “*obtenidas en forma ilegal*” así como las “*legalmente prohibidas*”, ligado ello al deber ineludible para el funcionario de fundar todas sus decisiones únicamente “*en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas*”, como en idénticos términos también lo contempló el sucesor régimen penal adjetivo adoptado con la Ley 600 de 2000 (artículos 232, 235 y 237).

A su turno, en el coexistente sistema de juzgamiento penal oral implementado a través de la Ley 906 de 2004, como norma rectora (artículo 23) se consagró en forma expresa la “*nulidad de pleno derecho*” de toda “*prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales*”, aparejando a ello la obligación de excluir “*de la actuación procesal*”, no sólo las afectadas en forma

directa por el respectivo vicio, sino igualmente las que sean consecuencia de éstas o que su existencia dependa de aquéllas, cláusula de supresión materializada en los artículos 232, 237, 360 y 445 de referido compendio normativo.

La razón de ser de una estipulación semejante, como ya lo ha precisado la Sala, descansa en las bases mismas del Estado de Derecho, como dique de control al poder punitivo estatal, en función de garantizar la dignidad humana, el debido proceso y la legalidad, mediante la prohibición de cualquier método orientado a establecer el conocimiento judicial con detrimento de las garantías esenciales del ciudadano, ya que *“la ruptura del sistema normativo penal por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad”*⁵.

Ahora bien, en la jurisprudencia se ha distinguido desde hace tiempo entre *prueba ilegal* y *prueba ilícita*⁶, división con la que se alude, en el primer caso, a aquéllas que padecen yerros en las formas propias de ordenación, práctica y/o incorporación a la actuación (debido proceso probatorio), y en el segundo, a aquéllas obtenidas, en general, con desconocimiento de las garantías fundamentales de las personas, por ejemplo, por violación de los derechos a la no autoincriminación, a la solidaridad íntima, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, etc.

Respecto de ambas especies de prueba opera la referida cláusula de exclusión; empero, la jurisprudencia también se

⁵ Cfr. CSJ SP10303-2014, 5 agt. 2014, rad. N° 43691.

⁶ Cfr. CSJ SP 2 mar. 2005, rad. N° 18103 y SP 7 sep. 2006, rad. N° 21529.

ha encargado de matizar el respectivo efecto⁷, toda vez que, en tratándose del primer grupo (las ilegales), ha señalado que el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar si es perentoria su eliminación, por cuanto si la irregularidad no tiene carácter medular, sustancial o relevante, no es posible sacar del ámbito de valoración el medio de convicción tachado de ilegal.

En tanto que cuando se está frente a alguna del segundo grupo (las ilícitas), en relación con éstas siempre opera la supresión o expulsión de la actuación (deben tenerse por inexistentes), excepto en unos precisos casos en los que la sanción va más allá, supuestos estos que se contraen a aquellas pruebas obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, esto es, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, eventos en los que la nulidad se extiende a toda la actuación y además determinan el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales elementos de convicción⁸.

Es obvio que en los casos de la máxima sanción para las pruebas obtenidas mediante crímenes de lesa humanidad, las derivadas de aquéllas sufren el efecto nugatorio de manera indefectible, no así en los otros supuestos de ilicitud, dado que si bien con base en la doctrina anglosajona conocida como “*teoría del fruto del árbol envenenado*” un medio de conocimiento que ha nacido viciado a la vida jurídica no puede generar un

⁷ Cfr. CSJ SP. 8 jul. 2004, rad. 18451; SP 1 jul. 2009, rad. N° 26836 y 31073.

⁸ Cfr. CC C-591, 9 jun. 2005. Y en el mismo sentido CSJ SP. 10 mar. 2010, rad. N° 33621, reiteradas ambas en SP8473-2014, 2 jun. 2014, rad. N° 37361 y SP10303-2014, 5 agt. 2014, rad. N° 43691.

acto probatorio lícito, ello es así, y solo así, cuando se constata una conexión tan inescindible que por virtud de la misma la ilicitud que afecta a principal invade o impregna de manera irremediable al elemento de persuasión sucedáneo.

De ahí que la misma aludida doctrina, frente a las pruebas derivadas, prevé excepciones a la cláusula de exclusión a fin de admitir su validez, salvedad que encuentra fundamento en la distinción de los vínculos fáctico y jurídico entre la prueba principal y la refleja, y que permite “*tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de: (i) una fuente independiente (independent source), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal; o (iii) se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable discovery), en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho. También se habla de otros criterios como el de la buena fe en la actuación policial y el acto de voluntad libre cuando la persona asienta la práctica de la prueba*”⁹, hipótesis acogidas expresamente en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, en relación con la posibilidad de purgar o superar la ilicitud de la prueba derivada, esta Sala con remisión a jurisprudencia extranjera ha puntualizado que con el fin de establecer cuándo un medio de prueba reflejo debe ser excluido, el funcionario debe realizar un juicio de ponderación que en armonía con los criterios citados con anterioridad, comprende las siguientes pautas:

a) En primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para

⁹ Cfr. CSJ SP8473-2014, 2 jun. 2014, rad. N° 37361.

el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con esa trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

b) La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, sino que debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad», es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran al rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.¹⁰

En conclusión, para “declarar la inexistencia de la prueba derivada se requiere, entonces, acreditar que existe una relación inescindible y particularmente fuerte entre los dos medios de convicción, esto es, que existe un hilo conductor ineludible, infranqueable entre ellos, capaz de lesionar una garantía del mismo orbe, pues, se recaba, no basta que el mecanismo probatorio primario esté viciado por la infracción de una garantía esencial fundamental sino que tal carácter efectivamente haya sido trasmitido de la fuente primaria al material demostrativo reflejo”¹¹.

¹⁰ Cfr. CSJ SP10303-2014, 5 agt. 2014, rad. N° 43691, en la cual la cita corresponde a un fallo del Tribunal Superior Español (TS S 24/2007 RJ 2007, 965), tomada del libro *La prueba ilícita penal*, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo; TORRES MORATO, Miguel Ángel. Sexta edición. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona. 2012. p.94-95.

¹¹ Ídem, CSJ SP10303-2014, 5 agt. 2014, rad. N° 43691.

9. En el presente evento, de acuerdo con las constancias procesales, la Fiscalía General de la Nación, a través de uno de sus delegados, el 23 de diciembre de 2005 abrió investigación preliminar por el delito de hurto que denunció el guardia del *INPEC* José Higinio Artunduaga Arias, y en esa determinación comisionó a dos funcionarios de esa entidad “*con funciones de policía judicial*” para adelantar “*labores de inteligencia e investigativas con el fin de identificar e individualizar a los autores de la conducta punible*”¹².

En cumplimiento de lo anterior los aludidos funcionarios entrevistaron a la víctima, quien les reportó detalles sobre la ocurrencia del hecho y acerca de los probables responsables, información según la cual los únicos alumnos de la Escuela del *INPEC* que salieron de las instalaciones el día del hurto (22 de diciembre de 2005) fueron JEAN ARLAN CARDONA CARDONA, en compañía de Leonardo Pérez Gaviria, Wilson Varón Silva y Jesús Jaramillo Zuluaga, habiéndole señalado los dos últimos que en efecto partieron con destino a Bogotá y que en el trayecto el primero hizo una escala en la casa de María Isabel García Velásquez, lugar al que ingresó únicamente él por algunos minutos y luego continuaron con el rumbo acordado.

Fue con base en esa información obtenida de la víctima que los funcionarios del *INPEC* comisionados por la Fiscalía resolvieron entrevistar a la dama atrás mencionada, quien confirmó que en efecto CARDONA CARNONA había estado en su casa la fecha indicada y le dio a guardar un arma de fuego aduciendo que era de su propiedad, instrumento que la citada voluntariamente le entregó a aquéllos y que resultó ser el hurtado a Artunduaga Arias.

¹² Cuaderno de la instrucción, folio 4.

Los funcionarios del *INPEC* rindieron el Informe N° 1921/2005, con fecha 23 de diciembre, en el que relatan las actividades atrás referidas (documento que además cuenta con las firmas de dos funcionarios del CTI URI Madrid, Cundinamarca), y al mismo le adjuntaron la entrevista tomada a María Isabel García Velásquez, el acta de incautación del arma de fuego entregada por ésta, así como el registro fotográfico del estado en que recibieron ese elemento y la forma como ejecutaron el procedimiento técnico de embalaje del mismo¹³.

Justamente en relación con esos medios de conocimiento el Fiscal Delegado en segunda instancia, al desatar la apelación al pliego de cargos¹⁴, ordenó su exclusión debido a que, con base en la legislación vigente al tiempo de los hechos, uno: *“para cuando la Fiscalía URI comisionó a los servidores del INPEC el adelantamiento de labores de inteligencia e investigativas, y estos cumplieron esas labores, tales servidores no estaban investidos de facultades para ejercer funciones de Policía Judicial”*¹⁵, y dos, *“tampoco podía la Fiscalía General de la Nación comisionar la práctica de esas labores, ni los servidores del INPEC adelantarlas, ya que cuando ello y esto sucedió, la Fiscalía había asumido, había avocado el conocimiento del caso, precisamente decretando la apertura de la indagación preliminar”*¹⁶.

Para la Sala la anterior recapitulación evidencia el desacierto del demandante en la pretensión principal porque, en primer lugar, no es verdad, por contradecir la realidad procesal, que los funcionarios del *INPEC* equivocadamente comisionados por la Fiscalía, hubieran practicado una diligencia de *“allanamiento y registro”* de la residencia de la señora

¹³ Cuaderno de la instrucción, folio 4.

¹⁴ Cuaderno de segunda instancia Fiscalía, folios 2-16.

¹⁵ Conclusión fundada en lo previsto en el artículo 312 de la Ley 600 de 2000, y la Ley 65 de 1993, artículo 41, modificado por el 6 del decreto 2636 de 19 de agosto de 2004.

¹⁶ Ley 600 de 2000, artículos 314, 315 y 316.

García Velásquez; y en segundo término, porque la dinámica de la actuación atrás recordada, evidencia que las diligencias cumplidas por los aludidos guardias del *INPEC* derivaron su ineficacia de irregularidades estrictamente instrumentales, es decir, por vicios en el debido proceso probatorio desde su ordenación, **lo cual acarrió su ilegalidad**, y no su ilicitud por quebranto de las garantías inherentes a la dignidad de las personas.

Tal constatación constituye razón suficiente para desestimar la queja del actor en cuanto a la solicitud de nulidad de toda la actuación, pues ni siquiera se está en presencia de pruebas, en estricto rigor¹⁷, obtenidas a través de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial o, lo que es igual, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, requisito *sine qua non* para la invalidación total a la que aspira el recurrente.

Lo antes señalado permite igualmente responder el alegato del censor en cuanto a que con el testimonio de María Isabel García Velásquez, recibido en el juicio, los juzgadores no hicieron otra cosa que retomar o reorganizar las “*pruebas excluidas*”, aseveración que además de resultar extraña dentro de la solicitud de nulidad —pues si fuera cierta una falencia semejante, la misma debió postularse por la violación indirecta, en la modalidad de falso juicio de legalidad— es también desafortunada, como quiera que ese medio de prueba no deriva de una ilícita y, por si fuera poco, tampoco tiene vínculo material o jurídico con las diligencias expulsadas por ilegales, dado que el

¹⁷ Las *entrevistas* realizadas por funcionarios legalmente habilitados para ejercer funciones de policía judicial, ya sea que se presenten por separado o como relatadas en el texto del respectivo informe, no tienen el carácter de pruebas, sino de criterios orientadores de la investigación (Ley 600 de 2000, artículo 314).

conocimiento judicial sobre la necesidad de obtener la narración de aquélla en relación con los hechos debatidos, tuvo como fuente las tempranas averiguaciones de la víctima acerca de los probables autores del hurto.

En resumen, tal como se anunció al inicio, la pretensión de invalidar el proceso por estar contaminado con pruebas *ilícitas* no prospera.

10. Ahora bien, el actor también expresó disenso y esgrimió como motivos de nulidad, de un lado, la falta de notificación personal de la providencia que en segunda instancia confirmó el pliego de cargos, y de otro, el desconocimiento de la *prohibición de reforma en peor* y del *principio de limitación*, pues en ese pronunciamiento fue sorprendido con la deducción de la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 240, numeral 1°, de la Ley 599 de 2000.

10.1. En relación con el primer aspecto, la Corte tiene establecido de vieja data que en el régimen procesal penal de la Ley 600 de 2000, la notificación personal especial reglada para la resolución de acusación (artículo 396) se aplica en segunda instancia, sólo cuando en esa sede se materializa o adopta una determinación en tal sentido, valga precisar, esto es, cuando el funcionario de primer grado ordena preclusión, y el de segundo revoca para acusar¹⁸.

Desde esa perspectiva carece de acierto sustancial el reclamo del censor sobre el acto de notificación personal que

¹⁸ Cfr. CSJ SP 24 nov. 2003, rad. 19603 (revisión), y AP 16 feb. 2012, rad. 35306.

echa en falta en relación con la providencia que confirmó (con modificaciones) la resolución de acusación de primer grado, y aun cuando es cierto que la Fiscalía en segunda instancia, respecto del procesado (en libertad) y su apoderado no llevó a cabo actuación alguna para enterarlos de la respectiva decisión (como sí lo hizo con el agente del Ministerio Público, a quien se la notificó en forma personal), esa omisión tampoco entraña vulneración al debido proceso y menos al derecho de defensa.

En efecto, repárese en que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 187 de la Ley 600 de 2000 (régimen aplicable al presente asunto), la providencia que resuelve el recurso de apelación de una decisión interlocutoria, por regla general, carece de recursos o es inimpugnable dado que queda ejecutoriada el día en que es suscrita por el respectivo funcionario, sin que sobre destacar que con sujeción a los efectos ordenados por la Corte Constitucional frente a ese precepto¹⁹, los actos de enteramiento en relación con esa clase de providencias únicamente tienen como fin la efectividad del *principio de publicidad* de las mismas, como repetidamente lo ha puntualizado esta Sala²⁰.

Sin embargo, al no llevarse a cabo esos actos para el señalado objetivo, en este caso esa pretermisión carece de trascendencia frente al sujeto procesal que la alega, en razón a que luego del aludido pronunciamiento (con cuya ejecutoria fenece la instrucción se inicia la fase de juzgamiento) el mismo sujeto conoció la existencia de la providencia en cuestión, cuando fue oportunamente enterado del traslado dispuesto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, justamente para que prepara su

¹⁹ Cfr. CC C-641 de 3 de agosto de 2002.

²⁰ Cfr. CSJ AP 27 jul. 2011, rad. 30823; AP1535-2016, 16 mar. 2016, rad. 46778 y SP135-2016, 20 ene. 2016, rad. 45377.

estrategia en el juicio con base en las precisiones de la acusación, de lo cual hay constancia en la actuación merced a los memoriales que el hoy demandante presentó, primero, reportando el conocimiento del inicio de esa etapa, y luego, al exponer sus pretensiones probatorias para la misma²¹.

Luego es indiscutible que la omisión detectada no generó consecuencia adversa en las garantías del procesado, dado que el acto de acusación cumplió su finalidad (principio de instrumentalidad) al fijar los extremos factico, jurídico y personal del juicio, y de cara al mismo aquél y su asistencia técnica pudieron ejercer a plenitud el derecho de contradicción, ello no solo en razón de las reseñadas labores del defensor, sino porque éste conoció y estuvo al tanto del desarrollo del juicio, e intervino en forma activa, a voluntad y sin restricciones en esa etapa para procurar el mejor resultado en favor de los intereses a él confiados²².

10.2. Situación distinta es la que se avizora frente al otro aspecto cuestionado por el demandante, relacionado con el desconocimiento de la *prohibición de reforma en peor* y el *principio de limitación*.

En efecto, la prohibición de reforma peyorativa constituye una garantía introducida por la Constitución Política de 1991 (artículo 31) que inicialmente estuvo circunscrita a la sentencia de carácter condenatorio cuando el declarado penalmente responsable era apelante único; sin embargo, con la entrada en vigencia de régimen procesal diseñado con la Ley 906 de 2004, ese instituto sufrió una radical modificación dado que

²¹ Cuaderno del juicio, folios 38 y 40.

²² Ídem, folios 43, 59, 89-93, 113, 140-148, 151 y 154-163.

el inciso segundo del artículo 20 de ese estatuto dispone que “*El superior no podrá agravar la situación del apelante único*”.

Con base tal precepto la Corte concluyó que la garantía en cuestión se extiende o es vinculante también para las providencias interlocutorias de segunda instancia²³, y que en razón de la coexistencia del aludido sistema de enjuiciamiento penal con el regulado en la Ley 600 de 2000, los efectos de la misma, por favorabilidad, son aplicables a los asuntos rituados bajo ésta última. En palabras de la Sala:

...cuando en un asunto regido por la ley 600 de 2000 el fiscal ad quem (ya sea en la calificación del mérito del sumario o en cualquier otra providencia interlocutoria susceptible del recurso de apelación) agrava la situación jurídica del procesado siendo éste apelante único, o modifica en detrimento de sus intereses y desbordando el ámbito de su competencia una decisión acerca de la cual los sujetos procesales que tenían interés jurídico para impugnarla no lo hicieron, desconoce por mandato legal (en aplicación retroactiva del inciso 2° del artículo 20 de la ley 906 de 2004) la garantía de la prohibición de reforma en perjuicio (además de los derechos de defensa, segunda instancia y contradicción como elementos integrantes del debido proceso), en la medida en que la resolución cuestionada haya sido emitida después del 1° de enero de 2005, es decir, de la entrada en vigencia gradual y sucesiva del nuevo sistema acusatorio.

(...)

Por último, si bien es cierto que los argumentos y las decisiones adoptadas en primera instancia no vinculan a la segunda, como lo sostuvo el funcionario de primera instancia, también lo es que la competencia del superior jerárquico está limitada por el tema materia de impugnación, de manera que el ad quem no podía desbordar el ámbito de lo recurrido revocando las decisiones no apeladas del a quo, ni tampoco dictando cualquier otra decisión de carácter oficioso (a menos, claro está, que encontrase la necesidad de anular por vulneración de garantías judiciales, lo que no sucedió en este caso)²⁴.

²³ Cfr. CSJ SP 21 jul. 2010, rad. 30460.

²⁴ Cfr. CSJ SP 19 may. 2010, rad. 33529.

De esta manera, la Corporación, en aplicación del principio de favorabilidad y en atención de las precisiones hechas por la Corte Constitucional respecto del comentado artículo 20 de la Ley 906 de 2004²⁵, ha profundizado y unificado el alcance del instituto de la *reformatio in pejus*, hasta establecer actualmente que: (i) no sólo procede en relación con las sentencias, pues también cobija a los autos y providencias susceptibles del recurso de apelación; (ii) la nueva concepción aplica también a hechos investigados y juzgados por la Ley 600 de 2000, siempre que la decisión cuestionada haya sido emitida después del 1° de enero de 2005, cuando entró en vigencia gradual y sucesiva el nuevo sistema acusatorio; (iii) la víctima igualmente es sujeto de este beneficio en los eventos donde actúa como apelante único, y (iv) la limitante en cuestión se extiende o protege igualmente las decisiones inherentes a los perjuicios, bajo el entendido de que en relación con éstos tampoco podrá existir reforma peyorativa cuando el procesado sea impugnante único²⁶.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala Penal en cuanto al *principio de limitación* que gobierna la decisión del funcionario superior frente al recurso de apelación (Ley 600 de 2000, artículo 204, inciso primero), ha sido unánime e insistente en señalar que “*la sustentación del recurso constituye carga ineludible del apelante, e irrumpe como presupuesto imprescindible para acceder a la segunda instancia, pero a su vez, se erige en límite de la competencia del ad quem, el cual sólo puede revisar y pronunciarse acerca de los aspectos reprochados* ‘salvo la nulidad (por su naturaleza oficiosa) y los aspectos inescindiblemente vinculados a la impugnación’”²⁷.

²⁵ Cfr. CC C-591 de 9 de junio de 2005.

²⁶ Cfr. CSJ SP 21 mar. 2012, rad. 33101 y AP2528-2014, 14 may 2014, rad. 42763.

²⁷ Cfr. CSJ SP 3 mar. 2004, rad. 21580.

Y en armonía con ese criterio ha puntualizado que “*el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente*”²⁸.

10.3. En el asunto sometido a estudio, cuando el defensor del procesado impugnó la resolución de acusación de primera instancia, la orientación explícita de su pretensión era obtener, en principio, la preclusión de la investigación por insuficiencia de elementos probatorios que acreditaran el compromiso de su representado con el delito de hurto (Ley 599 de 2000, artículo 239, sancionado con pena de prisión de 2 a 6 años); y subsidiariamente que se descartara la circunstancia de mayor punibilidad predicada por el fiscal de primer grado, consistente en que el comportamiento devendría en modalidad calificada con sujeción al Código Penal, artículo 240, numeral 3° (por cuya virtud el marco punitivo fluctuaría entre 3 y 8 años de prisión) pues en criterio de ese funcionario la conducta se habría cometido “*Mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores*”.

El fiscal de segunda instancia en decisión del 13 de enero de 2012, desestimo la solicitud principal, pues a pesar de que por la errática comisión a funcionarios del INPEC advirtió el carácter ilegal de los resultados de la actividad probatoria surtida por éstos, concluyó que la

²⁸ Cfr. CSJ SP 21 mar. 2007, rad. 26129; y en similar sentido SP 12 agt. 2009, rad. 31854; SP133-2016, 20 ene. 2016, rad. 47273, y SP15712-2016, 26 oct. 2016, rad. 47415.

denuncia suministraba información suficiente para predicar el compromiso del procesado en el injusto de hurto.

Y en cuanto a la circunstancia que calificaba el mismo punible, con acierto, le dio la razón al apelante porque los hechos no ocurrieron “*mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas*”, sino en las instalaciones (dormitorios) de la *Escuela Penitenciaria* del *INPEC*, lugar en el que el autor del delito y la víctima estaban facultados para entrar y permanecer en razón de su condición de funcionarios de esa institución, en cumplimiento de la capacitación inherente a un curso de ascenso a *Inspector Jefe*.

Sin embargo, el fiscal de segundo grado desbordó los límites de su competencia funcional, pues tras un nuevo análisis de la situación fáctica y del único elemento de prueba, esto es, de la denuncia del ofendido, concluyó que como éste en la ampliación de su queja aseguró que los cierres de la maleta habían sido violentados para apoderarse del arma de fuego de su propiedad, la circunstancia que calificaba el hurto era la del artículo 240, numeral 1°, de la Ley 599 de 2000, ya que entonces la conducta se habría realizado “*Con violencia sobre las cosas*”, sin que ese fundamento modificador de la pena hubiese sido deducido en primera instancia, ni comportara el análisis el mismo aspecto fáctico vinculado al objeto del disenso, limitado en ese punto a la revocatoria o desestimación de motivo de intensificación señalado por el fiscal de primera instancia.

De ahí que con tal proceder el fiscal de segundo grado terminó por vulnerar los derechos de defensa y contradicción

del sujeto pasivo de la acción, así como el principio de la doble instancia, al cercenar al procesado la oportunidad de controvertir la acusación en el aspecto modificado.

En suma, es palmario e indiscutible en este evento el desconocimiento por parte del instructor de segunda instancia de la *prohibición de reforma en peor* así como del *principio de limitación funcional*, al desbordar los términos de la impugnación, sin que al respecto resulte admisible sostener que en la decisión de primer grado estaban implícitos los fundamentos fácticos de la agravante al citar entre los elementos de prueba la denuncia y su ampliación, pues constituye obligación para el acusador, determinar en forma clara y expresa la imputación jurídica de la circunstancia de mayor punibilidad, como desde hace mucho tiempo lo tiene establecido esta Corporación²⁹.

11. En conclusión prospera el cargo, y en consecuencia la Sala casará parcialmente la sentencia impugnada, pero la solución a aplicar, sin embargo, no será la de retrotraer la actuación, como lo solicita el censor, pues la nulidad, de acuerdo con el principio de residualidad, constituye el último remedio al cual debe acudir para subsanar la anomalía. La irregularidad en este caso puede enmendarse eliminando de la condena la causal intensificadora de la sanción indebidamente imputada y, consecuentemente, efectuando la redosificación punitiva correspondiente.

En este caso ha de partir la Sala, entonces, del marco punitivo para el delito de hurto simple previsto en el

²⁹ Cfr. CSJ SP 23 sep. 2003, rad. 16320.

artículo 239, inciso primero, de la Ley 599 de 2000, es decir, de una sanción que oscila entre dos (2) y seis (6) años de prisión, más el incremento de una sexta parte a la mitad por la circunstancia de mayor punibilidad deducida en la acusación de primer grado con base en el artículo 241, numeral 11, ibídem, respecto de la cual el hoy no presento reparo alguno censor al apelar el pliego de cargos —ni en casación—.

Importa aclarar aquí que este último incremento en manera alguna fue revocado o modificado por el fiscal de segundo grado, como lo entiende el demandante de manera equivocada, pues al responder acerca de la prescripción alegada por el apelante lo señalado por el aludido funcionario consistió en que aún sin considerar el aumento de pena por aquella circunstancia específica de agravación ni el incremento en el término de prescripción por la condición de servidor público del acusado en la cual cometió el punible, como el delito de hurto continuaba siendo calificado, el tiempo máximo de la sanción consagrado para la conducta (8 años) no se había cumplido entre la fecha de los hechos (22 de diciembre de 2005) y el momento de esa decisión (13 de enero de 2012).

En ese orden de ideas, el marco punitivo para el delito de hurto simple agravado, con sujeción a la legislación penal vigente al tiempo de los sucesos fluctúa entre un mínimo de veintiocho (28) meses y un máximo de nueve (9) años. Por lo tanto, con base en los criterios de dosificación expresamente considerados por el juzgador de primer grado, se impondrá al acusado una pena principal igual al extremo inferior atrás precisado, esto es, veintiocho (28) meses.

A ese mismo lapso será ajustada la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Respecto de los subrogados, en el fallo de primer grado le fue otorgado al enjuiciado el de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural; sin embargo, observa la Sala que esa decisión también debe ser reformada, pues de cara al monto de la pena finalmente impuesta, atendiendo la naturaleza del delito, y la ausencia de antecedentes del procesado, lo procedente es concederle la condena de ejecución condicional por estar satisfechos los requisitos inherentes a la misma dispuestos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, beneficio que será otorgado por un periodo de prueba de dos (2) años y con sujeción a las obligaciones señaladas en el artículo 65 ejusdem.

Como el procesado se encuentra en libertad desde el inicio de esta investigación, no hay lugar a hacer pronunciamiento sobre ese aspecto.

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:

1. CASAR PARCIALMENTE, con base en el cargo formulado en nombre de JEAN ARLAN CARDONA CARDONA y de acuerdo con las consideraciones hechas en la parte motiva, la sentencia de segunda instancia emitida el 31 de octubre de

2013 en el Juzgado Único Penal del Circuito de Funza (Cundinamarca) que confirmó la emitida el 10 de julio anterior en el Juzgado Penal Municipal de ese municipio contra el precitado, por el delito de hurto calificado y agravado.

2. REFORMAR el aludido pronunciamiento en el sentido de que la condena contra JEAN ARLAN CARDONA CARDONA procede en calidad de autor penalmente responsable del delito de hurto simple agravado, y en consecuencia:

2.1. Se le impone la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión y como accesoria la de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

2.2. Se le concede igualmente al precitado la suspensión condicional de la ejecución de la condena por un periodo de prueba de dos (2) años, sujeto a las obligaciones previstas en el artículo 65 de la Ley 599 de 2000, para lo cual el funcionario de primera instancia le hará suscribir la respectiva acta.

3. En los demás aspectos se mantiene incólume la sentencia de segundo grado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria