

Proceso No. 13416

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR.MARIO MANTILLA NOUGUÉS

Aprobado Acta No.103

Santafé de Bogotá, D.C., julio catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 1996 por el Tribunal Nacional, mediante la cual, con modificación de la de primera instancia condenó a HÉCTOR MONTAÑO CAMBINDO a la pena principal de veintidós años y seis meses de prisión, y multa equivalente a un mil diez salarios mínimos legales mensuales y la accesoria correspondiente, en calidad de coautor del concurso de delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y secuestro extorsivo.

En la misma providencia y a idéntica pena fueron condenados los coautores de los referidos ilícitos, JAIRO ENRIQUE RODRÍGUEZ y PASCUAL RENTERÍA.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aproximadamente las 10:30 de la noche del 10 de noviembre de 1992 al establecimiento 'Drogas La Fragua', situado en la carrera 19-D No. 63-03 Sur, barrio San Francisco, de esta ciudad capital de la República, entró una mujer con el fin de preguntar

por el medicamento conocido como ativán. En el momento en que le pidió el citado farmaco al vendedor ingresaron tres individuos portando armas de fuego y -brazaletes- del entonces F-2 de la Policía Nacional, imputándoles a los empleados del lugar, Genaro Moncada y Camilo Díaz, el estar vendiendo sin fórmula médica drogas de venta restringida según la Ley 30 de 1986, creando un estado de temor y zozobra en el lugar, a la vez que inquirían por el paradero del dueño del establecimiento-. Los empleados llamaron al administrador de otra droguería de la misma cadena José Adán Barrera, que de inmediato acudió, al referido establecimiento.

Reunidas estas cuatro personas, los supuestos representantes de la autoridad policiva optaron por ordenarles abordar un campero 'Trooper' sin placas en el cual se movilizaban, acompañándolos la mujer, con el anunciado fin de llevarlos a las dependencias de la DIJIN. Una vez en el vehículo, se desplazaron sin rumbo por la ciudad exigiéndoles el pago de quinientos mil pesos a cambio de liberarlos y no comprometerlos en el ilícito que les imputaban, y deteniéndose a la altura de la carrera 16 con calle 52 sur, donde ordenaron descender a los nombrados Díaz y Gutiérrez para que avisaran en sus casas que eran conducidos a la DIJIN, fue en ese instante cuando apareció una patrulla de la Policía Nacional, que alertada sobre la posible comisión de un secuestro, requirió la identificación de los ocupantes del vehículo. quienes resultaron pertenecer a la Policía Nacional asignados incluso como escoltas de un parlamentario. En ese orden respondieron a los nombres de HÉCTOR MONTAÑO CAMBINDO, JAIRO ENRIQUE GUTIÉRREZ GUEVARA y PASCUAL RENTERÍA SALAZAR. La mujer prima del último de los mencionados fue identificada como SINDY PATRICIA LÓPEZ. Aunque los implicados llevaban consigo sus armas de dotación oficial el agente RENTERÍA portaba un arma sin autorización.

Consideró el Tribunal Superior Militar -al conocer por apelación la resolución definitiva de la situación jurídica proferida por el Juzgado 90 de I.P.M. que abrió la

instrucción-, que el delito cometido por los agentes de la policía sindicados fue el de secuestro extorsivo, de competencia de la Justicia Regional, razón por la cual el asunto fue remitido a esa jurisdicción que continuó la investigación después de alguna vacilación al respecto reflejada en actuaciones cumplidas a lo largo de varios meses (fls. 186 a 275 cd. ppl.1).

La Fiscalía de primera instancia calificó el mérito de sumario imputándoles el concurso de delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública (fl 417 cd. ppl.1), pero al desatar la apelación propuesta contra esta determinación, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional aunque mantuvo el compromiso penal en lo referente al delito de secuestro extorsivo, lo modificó respecto del ilícito contra la seguridad pública determinando que se trató de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Esta resolución fue expedida el 15 de julio de 1994. (fls. 50 y ss. cd. Fisc.).

En su primer instancia el proceso culminó con sentencia condenatoria contra los tres acusados, a sendas penas principales de veinte (20) años y seis (6) meses de prisión y multa de cien (100) salarios mínimos L. M. y accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por idéntico lapso. Al Tribunal Nacional arribó el fallo a quo en consulta por ministerio legal y en apelación interpuesta por los acusados, y la Corporación lo confirmó con algunas modificaciones, pues revocó la pena accesoria de suspensión de la patria potestad y aumentó para cada uno de los sentenciados en dos años la pena principal de prisión y en 910 gramos oro el equivalente de la multa, a la vez que tomó otras determinaciones pertinentes, entre ellas el compulsar copias para que se investigara la conducta de la mujer que figuró en el acontecer fáctico delictivo. El fallo del Tribunal fue recurrido extraordinariamente por el procesado MONTAÑO CAMBINDO.

LA DEMANDA

Consta de dos cargos: Primero.- Basado en la causal 1a., cuerpo segundo del artículo 220 del C. de P.P. sostiene el censor que la sentencia es violatoria, en forma indirecta, de los artículos 268 del C. P. modificado por el artículo 6o. del D. 2790 de 1990, por aplicación indebida, y del 140 ibíd., por exclusión evidente, en virtud del quebranto de los artículos 300 á 303 del C. de P.P. a causa del error de hecho por falso juicio de existencia en que incurrió el Tribunal en la estimación de la prueba de indicios.

Para demostrar que el delito cometido por su poderdante fue el de concusión y no el de secuestro extorsivo explica que de los testimonios rendidos por los ofendidos Genaro Moncada, Camilo Díaz, José “Manrique” Gutiérrez (sic) -el proceso enseña que el nombre de esta persona es José Enrique Gutiérrez- y José Adán Barrera, y en lo pertinente a la forma como ocurrieron los hechos aduce que los sujetos agentes tan solo pretendieron provocar una venta de drogas de uso restringido para sorprender en flagrancia a los empleados de la droguería y así poder exigirles una cantidad de dinero, y en ese orden señala que la intención ‘real o aparente’ de los agentes, quienes eran miembros de la fuerza pública, fue conducirlos ante sus superiores, circunstancia por la cual pasaron frente a varios puestos de policía sin detenerse en ninguno de ellos, procediendo a exigir el dinero mientras los conducían a casa del dueño de la droguería con el fin de obtener el dinero que pretendían conseguir ilícitamente; además pone de presente que a dos personas que se encontraban en el vehículo las autorizaron informar a sus familias que eran conducidos a la DIJIN, y por lo tanto fueron ellos quienes aceptaron “la amenaza o el constreñimiento” para no ser llevados a la DIJIN. El vehículo en que se movilizaron fue hallado por la Policía Nacional en una calle y los acusados en ningún momento ocultaron su identidad. De otra parte, los acusados centraron su interés en exigir dinero a los retenidos para no llevarlos a las dependencias de la Policía, y finalmente, los ofendidos nunca actuaron bajo el convencimiento de que se encontraban secuestrados, sino que la temporal retención tenía como finalidad obligarlos a entregar

determinada cantidad de dinero para no ser privados de la libertad. De esta cadena fáctica se concluye que si la autoridad policiva no hubiera intervenido, el comportamiento de los acusados habría terminado con la aceptación de cualquier suma de dinero y la liberación inmediata de los ofendidos.

Si todos esos factores circunstanciales -que renglones adelante analiza el censor según su particular óptica- hubieran sido tenidos en cuenta por el fallador para conformar la prueba de indicios respecto del dolo fácilmente habría deducido que la intención de los delincuentes no fue la del secuestro sino la de la concusión. Tras volver a mencionar la normatividad en su criterio violada y consignar nuevos comentarios, añade que también en la sentencia se violó indirectamente del artículo 5o. del C. P.

Segundo.- Subsidiariamente y con apoyo legal en el numeral 3o. del artículo 220 del C. de P.P., afirma que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidades, una por quebranto de la garantía del debido proceso y la otra, por falta de competencia del funcionario judicial.

Atinente a la violación del debido proceso hace remisión a los 'argumentos probatorios' expuestos en el primer cargo, porque debido a los mismos errores de apreciación probatoria la Fiscalía incurrió en errada calificación del mérito de la investigación al tener como secuestro extorsivo una conducta constitutiva del delito de concusión tipificado en el artículo 140 del C. P. Estima que 'no se requieren mayores argumentos jurídicos' para establecer 'tan protuberante' yerro 'como que se contempló un Título y un Capítulo del Código Penal bien diferentes a los que realmente se adecuaban los hechos', y tras breve reiteración dice conformada la causal de nulidad del artículo 304-2 del C. de P.P..

Al referirse a la falta de competencia, la hace derivar del reconocimiento de la errada calificación jurídica antes tratada, pues si el delito cometido fue el de concusión y

no el de secuestro extorsivo, el conocimiento del proceso corresponde a la jurisdicción ordinaria y no a la Justicia Regional. Aclara que 'no se reclama' la competencia de la Justicia Penal Militar por razón de la investidura de agentes de la Fuerza Pública de los acusados y para el delito de concusión, porque éste '... fue cometido no abusando de sus funciones ... sino de sus cargos ...'. Cierra la alegación con la relación motivada de las normas que considera vulneradas y las consecuentes peticiones.

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurado Primero Delegado en lo Penal al conceptuar adversamente a la prosperidad de las censuras de la demanda sugiere que de manera oficiosa la Corte case en forma parcial la sentencia por estimar vulnerada la prohibición de reforma en perjuicio.

Descarta la posibilidad de aceptación del cargo primero por encontrarlo concebido con protuberante falla de técnica casacional en razón de aducir la errada calificación jurídica del delito a través de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P., cuando la causal de casación que debió tomar como fundamento legal era la 3a. de la misma disposición, porque, de prosperar la objeción la Corte no podría dictar fallo de sustitución sin incurrir en un nuevo error judicial demandable por la vía de la causal segunda. Respalda su posición en un pronunciamiento jurisprudencial que así lo advierte.

Al cargo segundo responde destacando la deficiente fundamentación, evidente en la invocación del error de hecho por falso juicio de existencia en el estudio de la prueba omitiendo señalar las pruebas existentes en el proceso que el fallador dejó de considerar. Encuentra además que el demandante se limita a cuestionar la valoración judicial de las pruebas simplemente separándose del criterio del fallador y olvidando que es función de éste adelantarla con apego a la sana crítica.

Observa que los testimonios citados por el censor fueron examinados por el Tribunal y considera, tomando como punto de referencia extensos apartes de la resolución de acusación, que no existió en esta pieza el error en la denominación jurídica del delito de que habla el censor; y en ese orden descarta la pregonada falta de competencia, por cuanto los Juzgados Regionales y el Tribunal Nacional son los despachos que adelantaron y fallaron el juicio, conforme correspondía a la naturaleza del delito de secuestro.

La petición de casación oficiosa del distinguido funcionario se ancla en la circunstancia que fueron los procesados los únicos apelantes de la sentencia de primera instancia en donde se impuso una pena menor a la que el tribunal dedujo en la sentencia impugnada extraordinariamente. Se desconoció de esa manera, dice, la prohibición constitucional de reforma en perjuicio, so pretexto de preservar el principio de legalidad del proceso mediante la legalidad de la pena, dando indebida prevalencia a este principio superior sobre el de la prohibición quebrantado, explicando extensamente su criterio, en el que expresa su disenso frente al de esta Corte en punto a la prevalencia del principio de legalidad, y de la Corte constitucional, atinentes a la obligación de respetar la prohibición de reforma peyorativa cuando de apelante único se trata. Como corolario sugiere la casación parcial de la sentencia para que se imponga a los procesados la pena deducida por el fallador de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ni la demanda, ni la sugerencia de casación parcial oficiosa presentada en su concepto por la Procuraduría Delegada tienen eficacia para remover el fallo impugnado, conforme al siguiente análisis.

La enmienda del error de calificación jurídica de la infracción por tipificarse la conducta investigada en un género delictivo distinto del que corresponde en el

ordenamiento penal, no puede perseguirse a través de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P., porque al dictarse un fallo de sustitución -como lo pide el demandante en este caso-, incurriría la Corte en otra grave irregularidad, en cuanto esa sentencia no guardaría consonancia con la resolución de acusación, y es postulado de validez procesal, que estos pronunciamientos judiciales guarden armonía, dado que la sentencia debe resolver temática y puntualmente los cargos por los cuales el Estado formuló la acusación.

De ese modo, para censurar esa clase de error así lo ha precisado repetidas veces la jurisprudencia de la Sala, véanse, entre otros, los fallos del 20 de enero y del 11 de marzo de 1999, el demandante debe acudir a la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., centrando el reproche sobre la resolución de acusación contentiva de la errada tipificación, demostrando, eso sí, los errores trascendentes de apreciación probatoria que hubieren determinado la grave irregularidad que ello constituye, si ahí radicó la equivocada selección normativa. Esta clase de censura exige pues, un doble trabajo argumentativo en donde los errores probatorios, demostrados bajo los parámetros de la causal 1a., cuerpo segundo del precepto mencionado, constituyen el presupuesto de la invalidez de la calificación, consecuencia ésta que a su vez margina a la Corte de la posibilidad de dictar el fallo de sustitución debido a que el proceso deviene nulo desde el errado acto calificadorio.

En el caso que se decide, el casacionista estructura de manera equivocada su reparo directamente con fundamento legal en la causal 1a. de casación aduciendo violación indirecta de la ley sustancial -cuando ha debido acogerse a la causal 3a.- y pide a la Corte el imposible jurídico de dictar fallo sustitutivo impartiendo condena por el delito de concusión, no imputado al procesado, a pesar de que la resolución acusatoria enjuició a su poderdante por un género delictivo distinto, como lo es el secuestro extorsivo.

De acuerdo a los planteamientos anteriores, esta inconsistencia lógico procesal de la demanda hace impróspero el primer cargo que la conforma.

Por cuanto hace al cargo segundo, en que, basado correctamente en la causal 3a. de casación, alega el censor nulidades por transgresión al debido proceso y por incompetencia del fallador, respectivamente, es de advertir un yerro más de técnica casacional en la demanda, al formular en ese orden de prelación dichos reparos, pues es obvio que ante la falta de competencia, otros motivos invalidantes tales como la violación al debido proceso o la ausencia de defensa, se tornan inanes. Además, la censura es incompleta y carece de objetividad impidiendo así su estudio en sede extraordinaria.

En una metodología extraña a esta clase de recurso, ya que los cargos contra la sentencia son autónomos y deben tener su propio desarrollo, el censor manifiesta total remisión a los argumentos de sustentación del cargo primero, según el cual el fallador incurrió en error de hecho en la modalidad de falta de apreciación -falso juicio de existencia- de pruebas reveladoras de hechos tomados como indicio de intencionalidad para el delito de secuestro. Sin embargo, en ningún momento especifica las pruebas que la Fiscalía ignoró en su estudio probatorio como constitutivas de hechos indicadores, a raíz de lo cual se hubiera llegado a la equivocada inferencia de los hechos imputados y por este medio a la cuestionada calificación jurídica del delito.

El profesional circunscribió su empeño a analizar los testimonios de los ofendidos sobre la forma de desarrollo de los hechos -que la Fiscalía estudió según lo enseña el contexto de la resolución de acusación-, sin señalar los errores de razonamiento que en su criterio cometió el ente acusador en el proceso de adecuación típica de la conducta, optando por interpretar su contenido fáctico de manera subjetiva y oponer su propio criterio al del sentenciador, lo que impide determinar a qué omisión probatoria se refiere la censura. De otro lado, silenció toda alusión crítica a las demás pruebas analizadas por la Fiscalía para adelantar la calificación, como son las

explicaciones de los policiales implicados, que obviamente tuvieron incidencia en la imputación dolosa del secuestro extorsivo; olvidando que cuando la objeción parte de la apreciación probatoria adelantada por el funcionario judicial, constituye un imperativo derruir todas y cada una de las pruebas que sustentaron la decisión denunciada. Fluye entonces que no demostrado el error de evaluación probatoria en la calificación del delito, la garantía del debido proceso por este factor no sufrió desconocimiento. Por este aspecto el cargo en estudio no prospera.

Tampoco en lo concerniente a la alegada falta de competencia del fallador el reparo tiene posibilidad de éxito. Si la calificación por secuestro extorsivo fue correcta, la competencia de la justicia regional para tramitar y definir el juicio es indiscutible a voces del artículo 71-5 del C. de P.P.

Finalmente, en lo atañadero a la sugerencia de casación parcial proveniente de la Procuraduría Delegada, al desconocerse la prohibición de reforma en perjuicio por parte del Tribunal cuando aumentó la pena impuesta por el sentenciador de primera instancia, que motiva con extensos comentarios, encuentra la Sala que la sentencia impugnada se dictó en proceso de conocimiento de “los fiscales y jueces regionales”; (arts. 126 y 71-5 del C. de P.P.), y que no es una sentencia anticipada; por consiguiente está sujeta con la amplitud prevista en el artículo 217 del C. de P.P. y por disposición del artículo 206 última parte del mismo estatuto, al grado jurisdiccional de la consulta.

El tema ha sido tratado por la Corte en repetidas ocasiones, entre otras, el 25 de marzo de la presente anualidad y el 21 de octubre de 1998. En esta ocasión con ponencia del magistrado Dr. Arboleda Ripoll, dijo:

“Repetidamente ha sostenido que el Instituto procesal de la consulta no es medio de impugnación o recurso, sino un mecanismo de revisión de la legalidad de ciertas

decisiones judiciales, que opera por ministerio de la ley, que debe cumplir el superior jerárquico de quien la ha proferido.

“A diferencia de los recursos que son potestativos de los sujetos procesales y se fundan en razones de interés particular, la consulta opera por mandato legal, se apoya en razones de interés general, y es de carácter imperativo, particularidades que hacen que su cumplimiento no pueda dejarse al arbitrio de las partes, ni siquiera de la voluntad del funcionario judicial que ha proferido la decisión.

“A estas diferencias habría que agregar las no menos importantes que en el ámbito de la competencia funcional del superior se presentan, acorde con la naturaleza de cada uno de estos institutos. Mientras en la apelación, la competencia del superior tiene carácter limitado, en cuanto solo puede revisar aquellos aspectos que son objeto de impugnación, en la consulta la competencia es de plena justicia e ilimitada”.

Podía pues el Tribunal Nacional sin incurrir en el quebranto de que habla el Ministerio Público como superior jerárquico del juzgado regional, aunque solo fueran apelantes los procesados, en el grado de consulta de la sentencia, modificar la pena impuesta, agravándola como en efecto sucedió. Se aparta en este aspecto la Corte de la opinión del distinguido colaborador representante de la sociedad,

En mérito, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL, oído y parcialmente acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, DEVUÉLVASE el expediente a la oficina de origen.

CÓPIESE Y CÚMPLASE.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria