

Proceso No. 13456

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado Acta N° 98

Santafé de Bogotá. D.C., seis (6) julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

V I S T O S

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados MARIANA ELIZABETH BENAVIDES BASTIDAS, de una parte, y GILDARDO SILVA MOLINA y PEDRO NEL ZAMBRANO MORENO, de la otra, contra la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual se negaron las peticiones de nulidad y de práctica de algunas pruebas, y se accedió a la realización de otras, una vez finalizado el término contemplado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

A N T E C E D E N T E S

Los sucesos que motivan el diligenciamiento, según la resolución de acusación, son los siguientes:

“Se remontan los hechos de este proceso al día 22 de octubre de 1.993, cuando unidades del Ejército Nacional pertenecientes al Comando Específico del Putumayo incautan una droga estupefaciente en las veredas “San Carlos” y “El Temblón”, del

municipio del Valle del Guamuez, cuya capital es La Hormiga en el Departamento del Putumayo.

Los 32.5 kilos de cocaína y 7 kilos de pasta de este mismo estupefaciente, se encontraron envueltos en varios paquetes prensados debidamente arreglados en el interior de un vehículo automotor que se estaba identificando con las placas MA-8272, se pusieron al día siguiente, conjuntamente con los capturados ... a disposición del señor Fiscal 43 Seccional de la Hormiga, quien era la autoridad más inmediata y desde luego competente para avocar en forma prioritaria el cumplimiento de la labor investigativa, entre cuyas diligencias se reclamaba urgentemente la inspección judicial de que trata el Art.79 de la ley 30 de 1.986, que tiene que ver con la identificación, con el pesaje, con el análisis, la toma de muestras para ser enviadas al Instituto de Medicina Legal...”.

“La referida diligencia se desarrolló en la Secretaría de la Fiscalía 43 con la presencia del señor Fiscal titular doctor ALVARO JESUS OCHOA CORTES, el Personero municipal doctor GILDARDO SILVA MOLINA, el técnico judicial II PEDRO NEL ZAMBRANO MORENO, la asistente judicial MARIANA ELIZABETH BENAVIDES BASTIDAS, los agentes de la Policía Nacional MARIO NUÑEZ SALAMANCA, USMILDO QUILINDO CEPEDA SALAZAR, JESUS EDER SALAZAR PORTILLA, PEDRO NEL PEÑA, VASCO ARANGO HERIBERTO, PEDRO BOYA y unos efectivos militares comandados por el Mayor FREDY MANTILLA RUIZ.

“Este acto procesal que se inicia a las 7:00 de la noche y se desarrolla en una forma normal hasta las 9:30 p.m., más o menos, hora en que se escuchan unos disparos de fusil en forma de ráfaga en un lugar próximo a la Fiscalía, advirtiéndose de que se trataba de una acción de la guerrilla que se encontraba disgustada con la actuación de las Fuerzas Militares con motivo de las dos incautaciones que se habían hecho en el día anterior y que obligó a la salida apresurada de casi todos los militares que se encontraban resguardando y presenciando la diligencia, con el objeto de enfrentar el problema

que se les presentaba, sirviendo este momento para realizar el cambio de la sustancia que se estaba examinando y que estaba envuelta en unos paquetes, por otros parecidos que como cosa especial se trataron de destruir rápidamente, sin esperar al oficial del ejército que había sido la autoridad incautadora, que estaba participando por eso en esa diligencia y que cuando regresa encuentra que los paquetes que se estaban quemando no eran los mismos”.

A los procesados se les dictó resolución de acusación como coautores del punible definido y sancionado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

FUNDAMENTO DE LAS PETICIONES

1.- El defensor de MARIANA ELIZABETH BENAVIDES BASTIDAS expone lo siguiente:

Que el tipo penal por el que se le acusa, a saber, el descrito en el artículo 39 de la Ley 30 de 1.986, requiere sujeto activo cualificado, pues se exige la calidad de funcionario o empleado oficial y, además, que tenga el deber jurídico de “INVESTIGAR, JUZGAR, CUSTODIAR A PERSONAS COMPROMETIDAS con los delitos DE QUE TRATA DICHA LEY”.

Arguye que su defendida laboraba, al momento de la supuesta comisión de los hechos por los que finalmente se le acusa, en la Fiscalía 43 Seccional de La Hormiga (Putumayo) en el cargo de Asistente Judicial II, el cual no tiene, de conformidad con la Constitución, la ley y el Decreto 2699 de 1991, el deber y la función de investigar o custodiar a las personas comprometidas en tal clase de punibles, sino que corresponde a funcionarios que desempeñan otros cargos, habiéndose incurrido en un “falso juicio de tipicidad”.

Explica que la propia ley es la encargada de señalar el ámbito de las funciones de los cargos públicos, las cuales no se pueden hacer extensivas para efectos penales ni aplicar analogías que expresamente se encuentran excluidas.

2.- Por su parte, la defensora de Gildardo Silva Molina y Pedro Nel Zambrano Moreno solicita la práctica de las siguientes pruebas:

Inspección judicial en las instalaciones de la Fiscalía 43 Seccional de La Hormiga, con el objeto de establecer la ubicación del procesado Pedro Nel Zambrano durante el transcurso de los hechos y la visibilidad que tenía hacia la dependencia donde se adelantó la actuación, lo mismo que la visibilidad hacia él, respecto de todos los participantes en esa actividad.

La ampliación de la declaración del mayor Fredy Mantilla, para que explique los motivos que lo llevaron a “callar” u omitir las razones de su presencia en la diligencia de que trata este proceso, los antecedentes de su desplazamiento y el comportamiento de las personas a quienes atiende la defensora.

Las declaraciones del Coronel Jaime Ernesto Canal Albán y del Sargento del Ejército Omar Bejarano Rentería, con el objeto de que expliquen algunos aspectos que no quedaron claros, como las razones por las cuales el mencionado Coronel envió al Mayor Mantilla Ruiz a practicar el operativo de incautación del alucinógeno, y el conocimiento que tenía sobre anteriores cambios de droga por parte del Fiscal, así como indagar en el segundo su participación y ubicación en el lugar de los acontecimientos.

Por último, demanda que se allegue copia integral del proceso que ante la jurisdicción Penal Militar se adelanta contra este último suboficial del Ejército, quien está siendo procesado precisamente por infracción a la Ley 30 de 1.986.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal negó la pretensión anulatoria formulada por el defensor de la procesada, por las siguientes razones:

Sostiene que el entendimiento de la norma en comento no puede tomarse literalmente, como lo hizo el señor defensor de la acusada, sino en un sentido más flexible, sin que ello conlleve una aplicación analógica, pues sabemos que está proscrita en el derecho penal.

Acepta que la empleada judicial no desarrollaba funciones de investigación o juzgamiento adscritos a los fiscales o jueces, respectivamente, pero si una de custodia que si estaba dentro de las propias de los colaboradores judiciales, sea de las fiscalías o de los juzgados, según se desprende de lo previsto en el art. 81.9 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, que reza:

“Son deberes de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación: (...) 9. Responder por la conservación de los elementos, útiles, materiales, equipos, muebles y demás bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta de su utilización”.

Así mismo, agrega, el “Manual de Funciones específicas para los Cargos de las Direcciones de Fiscalías”, con relación al “Asistente Judicial Local”, nivel auxiliar, dice:

“Velar por la confidencialidad y seguridad de la información y demás elementos bajo su custodia o que le corresponda conocer en el desempeño de sus funciones”.

Luego de citar las distintas definiciones del vocablo custodiar, concluye que en la práctica de la diligencia de inspección judicial que ordena el art. 79 de la ley 30 de 1986, “cuya finalidad es múltiple, como que tiene por objeto el reconocimiento de la sustancia, determinando su forma, cantidad, peso, toma de muestra para establecer su naturaleza y su posterior destrucción, cumplió un papel propio a la función de custodia inherente al cargo y por lo tanto era su obligación velar al igual que su superior inmediato por la buena marcha de esa diligencia, así se reconozca como es obvio que la mayor responsabilidad esté en cabeza del titular del despacho”.

En conclusión, no comparte el a quo la apreciación de la defensa, en el sentido de que como la procesada no tenía la facultad de investigar, juzgar o custodiar a personas “no puede ser sujeto activo de ese comportamiento delictivo, pues ya vimos como ese deber jurídico no sólo está dirigido a la custodia de personas sino a elementos, instrumentos, objetos, etc, del despacho o a cargo del despacho, como es el caso de las sustancias estupefacientes en los delitos como el investigado”.

En consecuencia, niega la nulidad solicitada.

Con relación a las pruebas pedidas, dice:

1.- La diligencia de inspección judicial en las oficinas de la Fiscalía 43, con sede en el municipio de La Hormiga, no es necesario repetirla, como quiera que ya figura a folios 255 y ss del cuaderno número 1, a la cual se acompañó un plano para su mayor claridad, revelando lo “inoficioso” de una nueva práctica.

2.- Tampoco aprecia procedente la declaración del Mayor del Ejército Fredy Mantilla Ruiz, pues saber el motivo “fundamental” para encontrarse presente al momento de la diligencia e indagarle por el comportamiento de los presentes en la misma, es manifiestamente impertinente, pues no solo han pasado más de tres años desde aquel momento, sino que tal averiguación “ni le quita ni le pone a la investigación, pues sí había sospechas acerca de la conducta del Fiscal y sus colaboradores”, lo acontecido ratificó ese temor.

Además, no se trataría de la primera versión, pues en el proceso aparecen, en repetidas oportunidades, las declaraciones del militar con sus respectivas ampliaciones.

3.- Igual acontece con la solicitud de recepción del testimonio del Sargento Omar Bejarano Rentarías “a quien copiosamente se le han pedido informes y declaraciones y ampliaciones, como puede verse, entre otros, a folios 43, 69 y 110”. Además, el punto

que la defensa considera sustancial no lo es para esta investigación.

4.- Con respecto a la atestación del Coronel Jaime Ernesto Canal Albán, estima que tampoco se hace procedente su llamamiento en la medida que “ya según los resultados de los hechos investigados, los temores del citado oficial resultaron ciertos, y de no haber adoptado las precauciones que tomó lo más probable es que el hecho hubiera quedado en la impunidad...”. Así mismo, de poco serviría averiguar la fuente de información del citado oficial.

5.- Por último, con respecto a la solicitud de copias del proceso que se adelanta al Sargento Omar Bejarano Rentarías por la Jurisdicción Penal Militar, y que se señaló en la resolución de acusación como “testigo de cargo”, no se estima procedente trasladar todo el proceso, pues si lo que quiere probar la defensa es la vinculación del mencionado sargento a esa investigación penal, basta solicitar una constancia del estado de la actuación “o si se quiere ser más explícito copia de la providencia que le define la situación jurídica o de la decisión final”.

LAS IMPUGNACIONES

Bajo similares argumentos a los formulados en su inicial petición, y expuestos en precedencia, recaba el defensor en la declaratoria de nulidad por errónea calificación, ante la imposibilidad jurídica de adecuar la conducta de la acusada Benavides Bastidas a la descripción cualitativa del tipo penal consagrado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1.986. Simplemente agrega que en la providencia recurrida se asimila la custodia de personas a la custodia de elementos u objetos, lo cual atenta contra el principio de tipicidad, según el cual “no hay tipo penal, pena, medida de seguridad, sin ley escrita, estricta, cierta y previa, requiriéndose que el hecho imputado sea subsumido plenamente y de manera correcta dentro de la descripción legal”.

En consecuencia, si lo que la norma exige es que el servidor público esté encargado, entre

otros, de custodiar personas no se puede afirmar que a quien custodia elementos se le pueda aplicar el precepto, en forma tal que si aquí hay hecho punible, las normas aplicables serían el artículo 176 o el 177 del C. Penal, que tratan del encubrimiento, vigentes para la época.

Igualmente, la defensora de los otros acusados muestra su inconformidad con la negativa en la práctica de pruebas e insiste en los argumentos ya conocidos, a los que agrega que el acopio de las mismas lo considera necesario, pues en su realización “por una u otra razón ajenas a la misma”, no logró intervenir. Además, que a lo largo del recorrido procesal son muchos los interrogantes que podrían hallar respuesta.

En cuanto a la inspección judicial tendría por objeto determinar la visibilidad que hacia el lugar donde se adelantaba la actuación tenían los que participaron en ella.

En lo tocante a la declaración del coronel Jaime Ernesto Canal Albán, buscaría indagar si el mencionado oficial tenía o no información de actuaciones indebidas por parte del doctor Silva Molina y del señor Zambrano Moreno.

En lo concerniente a la nueva ampliación del testimonio del mayor del Ejército Fredy Mantilla Ruíz, interesa a la defensora saber porqué guardó silencio durante 3 años sobre anteriores actuaciones delictivas del titular de la fiscalía y que explican su prevención el día de los hechos.

Finalmente, considera que traer a este diligenciamiento la totalidad del proceso adelantado en la Justicia Penal Militar contra el Sargento Omar Bejarano Rentería, que allá es procesado y aquí es testigo, contribuiría a aclarar la verdad.

Por ello, ambos libelistas demandan la revocatoria del proveído objeto de censura.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De la petición de nulidad

No le asiste razón al defensor de la acusada, señora Mariana Elizabeth Benavides, cuando solicita la nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, al estimar que la conducta imputada no se adecua a la descripción del artículo 39 de la ley 30 de 1986 sino, en el peor de los casos, al artículo 176 o al 177 del C. Penal, por no cumplir la mencionada Asistente Judicial con la exigencia del precepto de tener el deber jurídico de investigar, juzgar o custodiar a las personas comprometidas en los punibles de que trata la citada ley.

En efecto, en el caso que ocupa la atención de la Sala, el Fiscal practicaba una diligencia investigativa, a saber, la inspección judicial, toma de muestras y destrucción a que se refiere el artículo 79 de la citada ley, en la cual colaboraba la funcionaria procesada, como se precisó en la resolución acusatoria.

En el desarrollo de tal actuación, el mencionado funcionario sustrajo la sustancia incautada, con la cooperación de Mariana Benavides.

En consecuencia, si en el evento concreto, la función de investigar la cumplió directamente el Fiscal 43, sólo él podía ser autor del punible previsto en el mentado artículo 39, en lo que tienen razón la apelante, pero como la asistente judicial le colaboró no sólo en la misma, sino que contribuyó, dolosamente, a la sustracción del estupefaciente, tal resultado le sería atribuible a ésta, en el caso de condena, en calidad de cómplice, por lo que ningún desatino habría en el proceso de adecuación típica, pues de llegarse a cambiar la imputación de autora a cómplice, la conducta continuaría subsumida en la descripción del citado precepto, aunque ampliada con el dispositivo del artículo 24 del Código Penal.

Además, tampoco habría inconsonancia entre el pliego de cargos y la sentencia, pues no se afectaría la estructura conceptual del proceso, ni el derecho de defensa, ya que no se deducirían hechos nuevos, ni se suprimirían atenuantes, ni se agregarían agravantes,

ni, en general, se haría más gravosa la situación de la procesada, sino que, por el contrario, se le favorecería.

Por las anteriores razones, se confirmará la decisión de no decretar la nulidad solicitada.

2.- De la práctica de pruebas.

Debe decirse que razón le asiste al a quo, cuando sostiene que resulta improcedente la recepción de los testimonios demandados por la defensora de Gildardo Silva Molina y Pedro Nel Zambrano, pues ya declararon, en varias oportunidades, por lo que una nueva ampliación aparece absolutamente superflua.

Igual ratificación merece la negativa a practicar diligencia de inspección judicial en el sitio de los acontecimientos, pues como lo considera el Tribunal, no sólo ya se realizó sino que se aportó completo y detallado plano.

En cuanto a la ampliación del Coronel Jaime Ernesto Canal, lo que se pretende establecer aparece, como lo afirma el a quo, impertinente.

Ahora bien, con relación a las copias que se solicitan del proceso adelantado al Sargento Bejarano Rentería, considerado “testigo de cargo”, no dice la defensa lo que pretende acreditar con ellas y si lo buscado es establecer la vinculación del citado suboficial a ese proceso, basta una constancia al respecto y de las decisiones de fondo que se hayan producido, como lo consideró el Tribunal.

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

R E S U E L V E

Confirmar, con la aclaración aquí efectuada, la providencia objeto de apelación.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

MARIO MANTILLA NOUGÉS

NILSON E. PINILLA PINILLA