

Proceso N° 14227

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.187

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 6 de agosto de 1997 dentro de las causas acumuladas Nos. 2026 y 2411, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados ALDEMAR MEJIA MEJIA, JOSE ALBEIRO CASTRO GALLEGO, JORGE IVAN ESCOBAR PALACIO Y GLORIA PATRICIA GOMEZ OSORIO a la pena principal de 4 años de prisión como coautores responsables del delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas; y a JOSE RAMIREZ CARDONA ó LUIS FERNANDO LOPERA RAMIREZ, y JOSE ARNUL LOPEZ SIERRA, a 5 años de prisión y multa de diez mil pesos cada uno, como coautores del referido delito, en concurso material con el de cohecho por dar u ofrecer. En la misma decisión absolvió al procesado JOSE RAMIREZ CARDONA ó LUIS FERNANDO LOPERA RAMIREZ del delito de porte ilegal de municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, imputado en la causa No.2411.

Hechos y actuación procesal.

Causa principal (No.2026):

En las horas de la mañana del día viernes 12 de marzo de 1993, en el aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón de la ciudad de Cali, unidades del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) dieron captura a la señora Gloria Patricia Gómez Osorio, en cumplimiento de una orden impartida por la Fiscalía General de la Nación, cuando en compañía de su hija menor y la empleada del servicio doméstico pretendía abandonar el país con destino a la ciudad de Miami, siendo trasladada a las dependencias de Policía judicial, donde fue dejada en custodia.

En las horas de la tarde, la señora Gómez Osorio, quien se encontraba en avanzado estado de embarazo, y sus abogados, exigieron de las autoridades encargadas de la vigilancia, el traslado inmediato a un centro asistencial, argumentando que presentaba dolores y síntomas de parto. Ante esta situación, el Jefe de la Unidad, Mayor Héctor Mauricio Aguilar Vera (fls.167/2), ordenó su remisión a la Clínica de Occidente, donde se la dejó recluida en observación en la habitación 361, bajo vigilancia policial.

El lunes 15 de marzo, entre las 2.30 y 3:30 horas de la mañana, un grupo no menor de 10 personas, portando armas de fuego de diferentes clases y calibres, logró ingresar a la Clínica y rescatar por la puerta de urgencias a la señora Gloria Patricia Gómez Osorio, después de intimidar al vigilante de ese sector Omar Cerón Astaiza, y obligarlo a abrir la puerta (fls.31/2, 457/5).

Los asaltantes huyeron en dos vehículos: una camioneta marca Toyota cuatro puertas, blanca, de placas IZ-8375, donde era movilizada la detenida; y, un campero, Toyota Land Cruiser, color café, de placas MB-6872 (fls.129-137/2), siendo perseguidos por una patrulla de la Policía Nacional que había llegado a la Clínica atendiendo un llamado de los Agentes Vicente León Vera Vásquez y Ramón Rodríguez Pava, quienes cumplían funciones de vigilancia y apoyo en la puerta principal, y habían advertido movimientos sospechosos de personas y vehículos (fls.24/2, 26/2).

En la persecución se presentó intercambio de disparos con los ocupantes del campero de placas MB-6872. Luego los vehículos se separaron. La patrulla decidió seguir la ruta de la camioneta blanca hasta lograr localizarla minutos más tarde en los parqueaderos del edificio Torre de Cali, ubicado en la avenida del río con calle 18. La Policía acordonó de inmediato el lugar e inició el operativo de búsqueda, que culminó con la recaptura de la señora Gómez Osorio en la oficina 10-02, y la aprehensión en el mismo lugar de los señores Jorge Iván Escobar Palacio (arrendatario del inmueble. Fls.94/2), Aldemar Mejía Mejía y José Albeiro Castro Gallego (escolta y conductor, respectivamente, de la señora Gómez Osorio), y quien dijo llamarse José Ramírez Cardona. En dicho sitio, debajo de un sofá, fue encontrada una subametralladora, calibre 9mm., MP 5, Número 8269, junto con 3 proveedores y 71 cartuchos calibre 9 mm. (fls.1 a 6, 22 a 23 vto, 272/1 y 169/2).

Horas más tarde, en la calle 16 con carrera 8ª, fue hallado abandonado con impactos de bala el vehículo de placas MB-6876 (fls.132/2), e hicieron aparición los Agentes de la Policía Nacional adscritos a Policía Judicial José Alexander Sánchez Herrera, Jorge Alberto Herrera Ramírez y Leonardo Abad Figueroa Carrillo, quienes se encontraban prestando turno de vigilancia en el tercer piso de la Clínica de Occidente (habitación 361) cuando ocurrieron los hechos.

Preguntados por lo acontecido, manifestaron que un grupo de asaltantes, de aproximadamente 10 personas, provistas de armamento automático de largo alcance (subametralladoras) y pistolas, los intimidaron mientras sacaban de la habitación a la paciente, y luego los obligaron a subir a un vehículo trooper, habiendo sido despojados de sus armas y radios de dotación, y abandonados en el kilómetro 18 de la vía al mar (fls.7/1, 39/1, 41 vto/1, 44/1, 33/2, 38/2, 46/2). El día siguiente, en inmediaciones de la Subestación Borrero Ayerbe, jurisdicción del Séptimo Distrito de Policía Buenaventura, en un lugar señalado por un informante, la policía recuperó las armas y radios de comunicación pertenecientes a los mencionados policiales (fls.210/4).

Además de los Agentes mencionados, quienes, como ya se dijo, prestaban turno de vigilancia en el tercer piso de la clínica (habitación 361), del dispositivo policial de seguridad encargado de la custodia de la señora Gómez Osorio hacían también parte los Agentes José Ignacio Gildardo Calderón, perteneciente a la Unidad de Policía Judicial, quien prestaba servicio en la parte externa de la edificación, y Vicente León Vera Vásquez y Ramón Rodríguez Pava, agentes uniformados de la Policía Nacional que resguardaban la puerta principal y brindaban apoyo a los integrantes de la patrulla judicial.

Escuchado en indagatoria Aldemar Mejía Mejía, relató que el domingo en las horas de la madrugada, encontrándose en la habitación 361 acompañando a su empleadora señora Gloria Patricia Gómez Osorio, escuchó voces y ruidos sospechosos en el primer piso, y como su función era cuidarla, decidió salir con ella por la puerta de urgencias a tomar la camioneta toyota blanca que se encontraba disponible para cualquier eventualidad en la parte externa de la clínica, ordenándole al conductor, señor José Albeiro Castro Gallego, que abandonara rápidamente el lugar. En vista de que eran perseguidos por un vehículo, decidió refugiarse en el Hotel Torre de Cali, en la idea de alquilar una habitación y poder llamar a la policía. El ascensor los llevó directamente al piso 10, donde se hallaba una puerta abierta. Allí se encontraban dos señores que no conocían, a quienes les pidieron que los ayudara y los dejara llamar a la policía. Minutos más tarde se presentó el operativo policial en dicho apartamento, produciéndose su captura, la de la señora Gloria Patricia, José Albeiro Castro Gallego (conductor), y las dos personas que allí se encontraban. No acostumbra andar armado, ni lo estaba el día de los hechos. Reconoce sí la subametralladora hallada en el apartamento, argumentando que se encuentra debidamente amparada a nombre de “Pollos Crispi”, negocio del cual es propietaria la señora Gloria Patricia, y que usualmente es portada por José Albeiro (conductor) dentro del vehículo (fls.46-51/1).

En términos idénticos, y apoyando en un todo la versión suministrada por Mejía Mejía, se

expresaron en indagatoria los imputados José Albeiro Castro Gallego (fls.52/1), Jorge Iván Escobar Palacio (fls.57/1), José Ramírez Cardona (fls.66/1) y Gloria Patricia Gómez Osorio (fls.70/1). De acuerdo con sus relatos, cuando Escobar Palacio (arrendatario de la oficina 1002) y Ramírez Cardona (amigo suyo), se disponían a abandonarla después de haber estado ingiriendo licor, irrumpieron sorpresivamente los otros imputados, bastante asustados, pidiendo su protección y colaboración para llamar a la policía. En relación con el arma hallada en el interior del apartamento, José Albeiro Castro Gallego reconoce que la llevaba el día de los hechos, explicando que tiene salvoconducto, que normalmente la porta para protección de la señora, y que el día de los hechos la escondió para evitar reacciones de la policía.

Mediante resolución de 29 de marzo de 1993 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de la ciudad de Cali resolvió la situación jurídica de los indagados con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de secuestro simple (plagio de los agentes de policía judicial), hurto calificado (apoderamiento de las armas y radios de comunicación), infracción al artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 (porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas), y fuga de presos (fls.135 a 143/1).

La investigación logró establecer a través de pruebas dactiloscópicas (fls.188/2), y de la propia versión del procesado José Ramírez Cardona (fls.381/1, 433/1), que su verdadero nombre corresponde al de LUIS FERNANDO LOPERA RAMIREZ, y además, que era el esposo de la señora Gloria Patricia Gómez Osorio. En relación con los hechos investigados manifestó que la versión inicialmente suministrada no era cierta, puesto que su señora había salido de la clínica sin mediar violencia, merced a que un empleado suyo de nombre Jorge Arnul López Sierra, sobornó a los policías de la patrulla judicial que se hallaban en el tercer piso, ofreciéndoles la suma de \$15'000.000.00. Formalizado el arreglo, los agentes le dijeron a Aldemar y su esposa que podían abandonar la clínica, y así llegaron a la Oficina 1002 de la Torre de Cali, donde había decidido esperarlos con su amigo Jorge Iván Escobar Palacio. Los policías simplemente favorecieron la fuga, jamás

fueron secuestrados. Sobre el arma decomisada sostiene que está amparada con salvoconducto, y que José Albeiro Castro Gallego (conductor) se encuentra autorizado para portarla.

Días después se presentó voluntariamente al proceso Jorge Arnul López Sierra. Escuchado en indagatoria, manifestó que en su condición de ex-Agente de Policía Judicial, adelantó conversaciones con los tres agentes que se encontraban vigilando la habitación, a quienes de antemano conocía, para que dejaran salir a la señora Gloria Patricia por la suma de diez millones de pesos, a lo cual accedieron. No hubo ningún plan para su liberación ni se utilizaron armas. Simplemente la dejaron salir por la puerta de emergencia con el muchacho que la acompañaba, mientras él y los agentes de policía José Alexander Sánchez Herrera, Leonardo Abad Figueroa Carrillo y Jorge Alberto Herrera Ramírez abandonaban la clínica por la puerta principal para tomar un taxi, aprovechando que los policías que vigilaban dicha entrada estaban durmiendo. De allí se dirigieron al aparta hotel “La Mirage” a hacer unas llamadas, y después al kilómetro 18 de la vía al mar, donde los policías se bajaron para dirigirse a la Estación de Policía de Saladito, haciéndole entrega de las armas y los radios, los cuales hizo llegar a la Policía. Es falso que los agentes mencionados hubieran sido asaltados por gente armada con pistolas y ametralladoras (fls.203/2, 218/2).

En los días siguientes ampliaron sus indagatorias Aldemar Mejía Mejía (fls.373/2), Jorge Iván Escobar Palacio (fls.379/2), José Albeiro Castro Gallego (fls.395/2) y Gloria Patricia Gómez Osorio (fls.427/2, 488/2), para suministrar una nueva versión de los hechos, coincidente con la vertida por Luis Fernando Lopera Ramírez ó José Ramírez Cardona, y José Arnul López Sierra . También declararon los agentes Leonardo Abad Figueroa Carrillo (fls.154/2) y José Alexander Sánchez Herrera (fls.157/2), para sostener que las afirmaciones sobre el ofrecimiento de dinero y su decisión de acceder a las pretensiones de su excompañero José Arnul López Sierra eran ciertas, como también sus aseveraciones sobre el supuesto plagio. Ellos abandonaron la clínica en su compañía por

la “puerta de emergencia”, de manera voluntaria, y luego fueron llevados hasta el kilómetro 18 de la vía al mar (es de precisarse que para la fecha de estas declaraciones, los referidos agentes habían sido ya destituidos de la Policía Nacional, y que la Justicia Penal Militar profirió luego en su contra sentencia de condena por los delitos de “favorecimiento de la fuga, falsa denuncia, cohecho impropio y abandono del puesto”. Fls.168/4 y 184/4).

Mediante providencia de 5 de junio de 1993, la Fiscalía resolvió la situación jurídica del indagado Jorge Arnul López Sierra con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de secuestro simple, hurto calificado, porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas (art.2º del Decreto 3664 de 1986), y fuga de presos (fls.264 a 272/2).

Del conjunto de pruebas aportadas al proceso resulta oportuno destacar las versiones de los celadores de la clínica de occidente Omar Cerón Astaiza y Orlando González, quienes vigilaban, respectivamente, las puertas de urgencia y principal la noche de los acontecimientos. El primero de ellos relató que alrededor de las 3 de la mañana llegaron hasta la puerta tres tipos en una camioneta Toyota color blanco. Uno de ellos le ofreció propina para que lo dejara entrar a ver la esposa que estaba delicada de salud. El se negó argumentando que no era hora de visita, y los señores se retiraron del lugar. Pasados varios minutos fue alertado sobre la presencia sospechosa de un vehículo Mazda verde en el sector, entonces -agrega- “me quedé mirando por la ventanilla a ver si veía el carro Mazda color verde en esos momentos estaba una de las aseadoras cuando pasó un carro color verde no había dicho esto cuando aparecieron seis tipos armados y me preguntaron por mi arma apuntándome diciéndole que cuál arma y ellos me la seguían pidiendo y uno de ellos me encañonó con una 45, me la puso en la cara inmediatamente yo saqué mi arma y le saqué los tiros y se me cayeron al suelo y les dije que cómo se la iba a llevar perjudicándome lo cierto fue que me cogieron de sorpresa porque yo no los esperaba aquí adentro sino en la calle, primero salió un grupo de seis o cinco y

después al momentico llegó otro grupo como que salieron por diferentes ascensores y el grupo segundo donde había un flaco me dijo hijo de puta por qué no me abriste la puerta y me apuntaban por las costillas de los nervios no podía abrir hasta que les abrí la puerta, después de esto yo no me volví a asomar hasta que llegó la policía...la mayoría llevaba armas, yo vi unas 45 y alcancé a ver esa subametralladora, yo me vi rodeado de armas tanto del primer grupo como del segundo...la que me estaban apuntando en la frente era una 45 y los otros haci (sic) de lejos casi todas era haci (sic) como subametralladora" (fls.31/2, 267/3, 457/5).

Orlando González asegura que hallándose de vigilancia en la puerta principal le llamó la atención la actitud sospechosa de un vehículo azul marca Mazda. Entonces alertó a los agentes uniformados que estaban de servicio en la entrada, quienes pidieron información a la central sobre la matrícula del automotor. Minutos después llegaron dos agentes en una motocicleta y se fueron. Luego llegó más refuerzo, y estando allí el portero de urgencias informó que se estaban volando. En seguida los uniformados y los de civil rodearon la clínica, pero los tipos ya habían escapado, iniciándose entonces la persecución (fls.18/2, 259/3, 456/5).

Verificados los registros de armas en el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos de las Fuerzas Militares (INDUMIL), se estableció que la subametralladora calibre 9mm., MP 5, número 8269, incautada en el apartamento 1002 de la Torre de Cali, aparece registrada en el sistema a nombre de Camilo Ernesto Sarria Osorio, con cédula de ciudadanía No.10'533.380, según factura de compra 0684679 de 21 de noviembre de 1983, y el salvoconducto revalidado en noviembre de 1993. También aparece registrada a nombre de Productos Alimenticios "Pollos Crispi", con fecha mayo de 1993, según información introducida al sistema el 7 de abril de 1994 (fls.291/4). Consultadas las tarjetas matrices se encontró que la tarjeta No.0160108, que trata de la revalidación de la subametralladora a nombre del señor Camilo Ernesto Sarria Orozco, tiene fecha mayo de 1992 (fls.292 y 298/4); y la número 0289766, que trata del

traspaso de la subametralladora a “Organización Alimenticia Pollos Crispi Ltda”, suscrita por el Comandante del Batallón San Mateo de la Octava Brigada con sede en Pereira (por muerte al parecer de Sarria Orozco), tiene fecha mayo de 1993 (fls.292 y 297/4).

Cerrada parcialmente la investigación (se excluyó el delito de fuga. Fls.305/4 y 449/4), la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 21 de julio de 1994 con resolución de acusación respecto de Aldemar Mejía Mejía, José Albeiro Castro Gallego, Jorge Iván Escobar Palacio, José Ramírez Cardona ó Luis Fernando Lopera Ramírez, y José Arnul López Sierra, por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, en concurso con el delito de cohecho por dar u ofrecer en relación con los dos últimos, conforme a lo previsto en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, y 143 del Código Penal; precluyendo investigación en favor de todos ellos y de Gloria Patricia Gómez Osorio por los delitos de secuestro simple y hurto calificado, y también en favor de esta última por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas (fls.449/4). En decisión de 25 de noviembre de 1994, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional modificó la referida decisión en el sentido de llamar también a responder en juicio a Gloria Patricia Gómez Osorio por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, agravado por la utilización de medios motorizados (fls.91/5).

En el trámite del juicio, el Juzgado de conocimiento (Regional de Cali), mediante decisiones de 29 de diciembre de 1994 (fls.223/5) y enero 30 de 1995 (fls.288), resolvió, en su orden, decretar la nulidad de la acusación por el delito de cohecho, por considerar que no guardaba conexidad con el otro ilícito juzgado (porte de armas), y cesar procedimiento en favor de todos los procesados por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, por atipicidad de la conducta, argumentando que la subametralladora calibre 9mm, MP 5, No.8269, se encontraba debidamente amparada, según se hacía constar en el oficio No.10901 de 20 de diciembre de 1994, proveniente del Comando del Batallón San Mateo de la ciudad de Pereira, cuyo

texto es del siguiente tenor: “En atención a su oficio de fecha 10-Dic-94, me permito informarle que revisados los archivos desde 1989-1994 se encontró el formulario de traspaso en Abril-92 que hace el señor CAMILO ERNESTO SARRIA OROZCO, c.c. No.10’533.380 de Popayán a la Organización Alimentaria Pollos Crispi Nit:800074263-1 de la subametralladora MP-5 No.8269, autorizado por el señor T.C. RODRIGUEZ VICTORIA y en abril 93 el formulario donde se tramitó la revalidación de la misma arma con autorización del señor Mayor JORGE A. PAWELS encargado del Batallón para esa fecha. Así mismo para el 15 de marzo de 1993 el arma se encontraba legalmente amparada. FDO. T.C. ALDEMAR PERDOMO DAZA” (fls.259/5).

Apeladas ambas decisiones por el Fiscal del Proceso y el Representante del Ministerio Público, el Tribunal Nacional, mediante auto de 10 de agosto de 1995, las revocó en su integridad, ordenando proseguir el trámite del juicio por los delitos imputados en la resolución de acusación, y ordenó expedir copias para investigar penalmente al Juez a quo (fls.349/5).

Continuado el juicio, se practicó inspección en el Comando del Batallón San Mateo de Pereira con el fin de establecer la real procedencia del oficio No.10901 de 20 de diciembre de 1994 (fls.523/5), y se escuchó en declaración al Mayor del Ejército Nacional Jorge Alberto Pawels Ramírez, quien afirmó recordar que durante su permanencia como Comandante Encargado del Puesto de Mando Atrasado, ordenó la revalidación de la subametralladora a la firma Alimentaria Pollos Crispi Limitada, no porque haya memorizado el nombre, sino porque fue la única arma de ese tipo cuyo salvoconducto ordenó revalidar (fls.605-607/5).

Causa No.2411:

El 19 de agosto de 1989, la Policía del Valle practicó diligencia de allanamiento y registro en la finca campestre “Bombay”, ubicada en el Corregimiento Borrero Ayerbe

del Municipio de Dagua (Departamento del Valle), incautando 120 cartuchos calibre 7.62 para fusil Galil y G-3; 16 cartuchos calibre 5.56 ó 2.23 para fusil R-15 y Pietro Baretta; 8 cartuchos calibre 9mm; un cartucho calibre 3.57; cuatro proveedores para subametralladora; y chaleco antibala; un revólver y una escopeta (fls.1/1 y 30/1).

Por estos hechos fue vinculado al proceso Luis Fernando Lopera Ramírez, quien manifestó que las municiones incautadas correspondían a armas pertenecientes a la firma “Construinvestimentos Limitada”, debidamente amparadas por Control y Comercio de Armas y Municiones del Ministerio de Defensa, empresa a cuyo nombre se hallaba la finca y de la cual fue propietario y representante legal (fls.349/1).

Resuelta la situación jurídica y cerrada la investigación (fls.391/1 y 415/2), la Fiscalía Regional Delegada de Cali, mediante resolución de 18 de mayo de 1995, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de conservación ilícita de municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, conforme a lo establecido en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, incorporado a la legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls.438/2). Apelada esta decisión por la defensa, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, mediante decisión de 14 de septiembre de 1995, la confirmó en todas sus partes (fls.499/2).

Acumulación y Sentencia.

Por auto de 3 de mayo de 1996, el Juzgado Regional que venía conociendo de la causa No. 2026, ordenó su acumulación con la No.2411 (fls.475/5), y mediante sentencia de 3 de octubre de 1996, condenó a los procesados José Ramírez Cardona ó Luis Fernando Lopera Ramírez y José Arnul López Sierra a la pena principal de 12 meses de arresto y multa de diez mil pesos cada uno, como autores responsables del delito de cohecho por dar u ofrecer; y los absolvió, junto con los otros procesados, por los demás delitos imputados en las resoluciones de acusación (fls.613/5).

Revisado este fallo por vía de apelación y el grado jurisdiccional del consulta, el Tribunal Nacional, mediante el suyo que ahora recurre en casación la defensa, lo modificó en el sentido de revocar la absolución por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares imputado en la causa principal, para en su lugar condenar a los procesados por dicho ilícito, manteniendo el fallo en todas sus demás partes. En consecuencia, condenó a Aldemar Mejía Mejía, José Albeiro Castro Gallego, Jorge Iván Escobar Palacio y Gloria Patricia Gómez Osorio a la pena principal de 4 años de prisión como autores responsables del delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y a José Arnul López Sierra y José Ramírez Cardona ó Luis Fernando Lopera Ramírez a la pena principal de 5 años de prisión y multa de diez mil pesos cada uno, como autores responsables del delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas en concurso con el delito de cohecho (fls.16/6).

Las demandas.

1. A nombre de Aldemar Mejía Mejía, José Albeiro Castro Gallego, Jorge Iván Escobar Palacio y Jorge Arnul López Sierra.

Cuatro cargos, uno con fundamento en la causal tercera de casación, y tres con apoyo en la primera, presenta el demandante contra el fallo impugnado.

1. Causal tercera.

La sentencia ha sido dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, pues los procesados fueron condenados por hechos presuntamente delictivos, respecto de los cuales no se les interrogó en indagatoria, con violación de los artículos 29

de la Constitución Nacional, 1º, 352 y 360 del estatuto procesal penal, y artículo 2º del Decreto 3664 de 1986.

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la indagatoria es el primer medio defensivo que el Estado proporciona a los ciudadanos vinculados a un proceso penal para que respondan a las imputaciones que se le hacen de manera concreta en dicha diligencia. Se observa, sin embargo, que los procesados solo fueron interrogados de manera específica en sus indagatorias por la subametralladora decomisada en el piso 10 del edificio Torre de Cali, mas no por las demás armas presuntamente utilizadas en los hechos, entre ellas una pistola calibre 45, que es por las cuales se termina finalmente condenando.

En la indagatoria, el investigador debe interrogar sobre los hechos objeto de investigación. Esta tarea debe cumplirla a través de una pluralidad de preguntas orientadas fundamentalmente en dos sentidos: indagación sobre los hechos objeto de pesquisa, y formulación concreta de los cargos por los cuales se le vincula al proceso penal, dando de esta manera oportunidad al sindicado de que conozca clara y precisamente los cargos que se le imputan.

Al haber sido los procesados condenados por la utilización de armas distintas de la subametralladora incautada en el apartamento 1002 de la Torre de Cali, sin haber sido interrogados previamente por ello en sus indagatorias, se violaron no solo las formas propias del debido proceso constitucional y legal, sino el derecho de defensa, pues se les está condenando por unos hechos delictivos de los cuales no tuvieron oportunidad de defenderse, configurándose de esta manera las causales de nulidad previstas en los numerales 2º y 3º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal Nacional, al proferir sentencia, recurrió a esfuerzos dialécticos extraordinarios para tratar de demostrar que los sindicados en sus indagatorias sí fueron interrogados por

todas las armas, y cita algunos folios de ellas, pero de su análisis se advierte todo lo contrario, que no lo fueron. A Aldemar Mejía Mejía, por ejemplo, se le hace un interrogatorio para llegar a la verdad histórica, y es por ello que se le pregunta por la clase de armas que llevaban las personas que ingresaron a la Clínica, pero es claro que no se le está haciendo ninguna formulación de cargos, y que no se le interrogó en la forma como debe hacerse en una indagatoria, para que el imputado entienda, sepa y comprenda cuáles son los cargos por los cuales está siendo investigado. La regla a seguir debe ser indagar al imputado “si sabe quién es el autor o partícipe de los hechos que son motivo de investigación, en este punto se ha de hacer una descripción fáctica o material muy clara de los mismos y a renglón seguido se les debe calificar jurídicamente, para que se le pregunte si sabe quién es el autor o partícipe de determinada infracción penal”.

José Albeiro Castro Gallego fue interrogado por la subametralladora decomisada, que es la única arma que ha sido precisada y detallada, pero tampoco lo fue sobre las otras armas presuntamente utilizadas en los hechos que son motivo de investigación. Igual acontece con Jorge Iván Escobar Palacio, a quien se le pregunta por el número de personas que llegaron a su apartamento y las armas que portaban, pero es igualmente claro que no es interrogado en la forma como debe hacerlo el funcionario investigador, en el sentido que debe preguntar por los autores o partícipes del hecho, y luego darle a esos hechos la calificación jurídica.

Luis Fernando Lopera Ramírez fue interrogado sobre la subametralladora decomisada en el piso 10 del edificio Torre de Cali, pero no fue preguntado sobre la existencia de las otras armas, ni sobre quién pudiera ser el dueño y responsable de las mismas, ni menos si tenían o no salvoconducto. Y, Gloria Patricia Gómez Osorio, lo fue de una manera “absurda”, pues se le preguntó por el contenido del Decreto 3664 de 1986, desconociendo que los procesados “no tienen porqué tener” información jurídica. El caso es que, en definitiva, tampoco fue interrogada por arma alguna, y menos para formularle cargos en un

sentido determinado por tenencia o porte.

Finalmente se tiene la indagatoria de Jorge Arnul López Sierra, quien fue interrogado sobre si la madrugada de los hechos se encontraba o no armado, pero no fue preguntado por el porte o tenencia de una especie determinada de arma.

Se refiere a la naturaleza jurídica de la indagatoria y su contenido, para concluir afirmando que se trata fundamentalmente de un medio defensivo extraordinario, siendo por ello necesario que en su decurso el investigador interroge al procesado de manera minuciosa, precisa y clara sobre los hechos que pueden constituir infracción penal, primero desde una perspectiva material o fenomenológica, y posteriormente, al finalizar la diligencia, de manera general, sobre los mismos hechos pero dándole una calificación jurídica.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar el fallo impugnado “y en consecuencia se dicte el fallo absolutorio de reemplazo de conformidad con las previsiones del numeral primero del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal”.

Consecuencialmente, ordenar la cancelación de todas las órdenes de captura.

1.2. Causal primera.

1. Violación directa de la ley sustancial.

Falta de aplicación de la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 40 del Código Penal, en relación con el procesado José Albeiro Castro Gallego, quien actuó en la convicción errada e invencible de encontrarse amparado por una causal de justificación. Como normas violadas cita, además del referido artículo 40.3, los artículos 29.3 ejusdem y 2º del Decreto 3664 de 1986.

Sostiene que en el proceso constituye una realidad que el sindicado Castro Gallego era un empleado subalterno de la empresa “Pollos Crispi”, y que en una tal condición recibió la subametralladora que hace parte de estas diligencias, para que le diera protección a sus propietarios y sus empresas, hecho que se encuentra acreditado con la autorización allegada al expediente, donde el Gerente de “Pollos Crispi Ltda” lo autoriza para proteger a Gloria Patricia Gómez Osorio y Luis Fernando Lopera Ramírez, y portar el arma “calibre 9mm., marca MP5, clase No.8269”.

Para un simple conductor, es incuestionable que un documento redactado en estos términos era elemento de juicio más que suficiente para estar convencido de que efectivamente portaba el arma con las debidas autorizaciones legales, y que por tanto no realizaba conducta típica de ninguna naturaleza. Este hecho, plenamente probado en el proceso, muestra claramente que Castro Gallego actuó en situación de inculpabilidad, derivada del convencimiento errado de estar actuando legítimamente, y al ser inculpable su conducta, no hay lugar a que se deduzca responsabilidad de naturaleza alguna por este delito.

Pide, en consecuencia, casar el fallo impugnado y en su lugar proferir el absolutorio de reemplazo, por haber actuado Castro Gallego en situación de inculpabilidad.

1. Violación indirecta de la ley sustancial.

1.2.3.1.Error de hecho por suposición de prueba: Sostiene que los juzgadores supusieron la prueba de que las otras armas presuntamente utilizadas en los hechos no tenían el respectivo salvoconducto para su uso. Como normas sustanciales violadas señala el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, y como normas medio infringidas los

artículos 246, 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal.

El sentenciador de segunda instancia parte del supuesto de que las referidas armas no tenían el correspondiente permiso, y con fundamento en esta suposición procede a emitir sentencia condenatoria en contra de los procesados por porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas. La invención de la prueba resulta clara. Primero, porque los sindicatos no fueron interrogados en relación con dichas armas, ni se les preguntó si estaban legalmente amparadas. Segundo, porque en el proceso se desconoce el número de las realmente utilizadas, sus características, calibre, y si realmente fueron disparadas, y el número de personas que intervinieron en los hechos. Tercero: Se da por probada la existencia de las armas con base en prueba puramente testimonial, porque un celador de la clínica habla de una pistola calibre 45, y porque algunos de los que participaron en los hechos hablan de disparos al parecer de armas de largo alcance.

No se discute que nuestro sistema se rige por el principio de libertad probatoria, simplemente se pone en duda que los elementos de prueba con que cuenta el expediente sean suficientes para dar por probada la existencia de varias armas de largo alcance, y más aún la afirmación sin fundamento y sin bases probatorias de que dichas armas carecían de salvoconducto para su porte.

La carga de la prueba corresponde al Estado. Son los funcionarios que ejercen el poder represivo quienes deben recaudar la prueba sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal de sus autores. Luego era deber de la Fiscalía producir las pruebas necesarias para demostrar la existencia de las supuestas armas que fueron utilizadas en los hechos, y establecer si estaban o no amparadas con el respectivo salvoconducto, pero ningún esfuerzo se realizó al respecto.

El Tribunal Nacional para evitar tener que absolver a los procesados por el porte de

armas después de haberse demostrado que la subametralladora se encontraba debidamente amparada, recurre a una prueba precaria de naturaleza testimonial para afirmar la existencia de otras armas, y producir sentencia condenatoria en relación con ellas, argumentando que carecían de salvoconducto. Dicha apreciación equivocada, lo lleva igualmente a conclusiones erradas, porque los elementos probatorios legal y oportunamente incorporados al proceso indican que si se utilizaron otras armas, ellas se hallaban debidamente autorizadas

En la causa acumulada se estableció que Luis Fernando Lopera Ramírez acostumbraba mantener armas de largo alcance debidamente amparadas para la protección de sus empresas y familia. Por tanto, no tiene razón de ser, suponer, por constituir un verdadero contrasentido lógico, que se utilizaran armas sin salvoconducto, teniendo Lopera Ramírez en su poder armas debidamente autorizadas.

Se ha incurrido, entonces, en un falso juicio de existencia por suposición de una prueba que no ha sido legalmente producida dentro del proceso, en cuanto no existe constancia alguna de las Fuerzas Militares donde se afirme que las armas utilizadas no estaban debidamente amparadas, permitiendo dicha suposición dar sustento a una decisión de condena con violación del artículo 2º del Decreto 3664 de 1986.

Con fundamento en dichas consideraciones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, dictar fallo de reemplazo de carácter absolutorio.

1.2.3.2. Error de hecho por no haberse reconocido la existencia de claras dudas probatorias: Sostiene que si el Tribunal Nacional hubiera realizado una adecuada valoración probatoria, habría concluido que existían dudas que debían ser resueltas en favor de los procesados, ya que existían mayores elementos de juicio para pensar que las armas se hallaban amparadas. Como normas medio violadas cita los artículos 246, 249, 333, 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal, y como norma sustancial indirectamente

infringida el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986.

Argumenta que el in dubio pro reo surge del principio constitucional de la presunción de inocencia, en cuanto impone al Estado la carga de la prueba, correspondiendo por tanto al funcionario judicial demostrar la existencia de los hechos ilícitos y la responsabilidad de los autores y partícipes, de suerte que si por cualquier circunstancia el Estado se halla en incapacidad de demostrar lo uno o lo otro, dichas deficiencias probatorias deben resolverse en favor del procesado.

Es una realidad que el sentenciador hace una afirmación que no tiene fundamento probatorio, y que le sirve de sustrato a la decisión de condena, pues asegura que las otras armas utilizadas en el operativo (las cuales no fueron objeto de investigación), no estaban amparadas por su respectivo salvoconducto.

La verdad es que no hubo por parte de los investigadores interés alguno en practicar pruebas dirigidas a localizar o individualizar las armas que presumiblemente fueron usadas el día de los hechos, como tampoco gestión alguna encaminada a determinar si tenían o no salvoconducto. La inercia investigativa fue de tal naturaleza, que ni siquiera se interrogó a los sindicatos sobre la existencia de las mencionadas armas, sus características, y lo fundamental, si estaban amparadas.

En el presente caso no se probó la tipicidad del hecho, porque la norma por la cual se produce la condena tiene un elemento normativo contemplado en la expresión “el que sin permiso de autoridad competente”, el cual debe ser probado “mediante la existencia de un salvoconducto emitido por las Fuerzas Armadas de Colombia”, o en su defecto por un certificado expedido por las mismas autoridades donde se diga que un arma determinada está legalmente amparada”. Esas pruebas no se produjeron, y en tales condiciones se hace imperativo que se case la sentencia impugnada y se dicte fallo de reemplazo de naturaleza absolutoria.

Inclusive, como ya se argumentó, existen elementos de juicio que llevan a concluir por la vía de la “inferencia lógica, que las armas utilizadas y que no fueron decomisadas sí estaban amparadas porque a lo largo de los dos procesos acumulados se ha demostrado que los sindicados Luis Fernando Lopera Ramírez y Gloria Patricia Gómez Osorio, tenían por costumbre tener una gran cantidad de armas de largo alcance para su propia protección y para la de sus empresas y que en tales circunstancias es absolutamente ilógico pensar que teniendo armas amparadas se hubiera puesto a la tarea de conseguir armas sin salvoconducto para realizar el operativo que ha sido objeto de investigación”.

2. A nombre de Gloria Patricia Gómez Osorio y Luis Fernando Lopera Ramírez.

Cuatro cargos, uno principal y tres subsidiarios, presenta el actor contra la sentencia impugnada. Mas como quiera que el principal y los dos últimos subsidiarios son literalmente idénticos a los propuestos como cargos primero, tercero y cuarto en la demanda que viene de ser sintetizada, la Corte se remite al resumen que de ellos se hizo en el acápite precedente. Por tanto, solo se procederá a la síntesis del cargo no coincidente.

2.1. Primer cargo subsidiario. Nulidad por deficiente concreción de los cargos en la resolución acusatoria: Sostiene que la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad por cuanto en la resolución de acusación no se concretaron en debida forma los cargos atinentes al objeto material del delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, lo cual constituye una grave irregularidad que afecta el debido proceso con repercusiones en la validez de la actuación. Como normas violadas señala los artículos 442 del Código de Procedimiento Penal, y 2º del Decreto 3664 de 1986.

Después de transcribir jurisprudencia de la Corte sobre los requisitos formales y

sustanciales que debe reunir la resolución de acusación, y de referirse al contenido de la proferida por el ad quem dentro de la causa principal (2026), sostiene que en ella se menciona “única y exclusivamente la subametralladora decomisada y la pistola 45 y otras armas de largo alcance. Sin embargo en la sentencia de segunda instancia se habla de la utilización de subametralladoras Uzi como ya se transcribió en párrafo anterior. Pueden concretarse en la sentencia de segunda instancia cargos relacionados con hechos que no habían sido mencionados en la resolución de acusación? Creemos que no, porque es sorprender al sindicado y a la defensa” (fls.182/6).

Es una realidad que la resolución acusatoria de primera instancia lo fue exclusivamente por la subametralladora decomisada, y que en la calificación de segundo grado la Delegada amplió los cargos al hablar de una pistola 45 y otras armas de largo alcance. Así mismo, que en la sentencia de segunda instancia se terminó afirmando que algunas de ellas eran subametralladores Uzi. De esta manera se demuestra la absoluta imprecisión de los cargos, y el sorprendimiento a la defensa con imputaciones que no están comprendidas en la acusación.

También se presenta imprecisión en cuanto al número de participantes, pues mientras la sentencia habla de un grupo de personas en número aproximado de 13, en la acusación se hace alusión a diez. Por su parte, el agente Alirio Silva Pineda habla de cuatro, y el vigilante Cerón Astaiza de seis agresores, mientras que alguien más se refiere a quince intervinientes, resultando absolutamente imposible en las anotadas condiciones de imprecisión del objeto material y el número de participantes, concretar una sentencia de condena.

Consecuente con sus planteamientos solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la resolución acusatoria de primera instancia.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal responde en los siguientes términos cada uno de los cargos propuestos por el casacionista.

1. Demanda a nombre de los procesados Aldemar Mejía Mejía, José Albeiro Castro Gallego, Jorge Iván Escobar Palacio y Jorge Arnul López Sierra.

1.1. Cargo primero. Nulidad. Es del criterio que este cargo debe prosperar. Aduce que al casacionista le asiste razón cuando afirma que los procesados solo fueron interrogados en sus indagatorias por el porte de la subametralladora incautada en el apartamento 1002 de la Torre de Cali, no en relación con las “otras armas”, a las cuales aludió el Tribunal con el propósito de mantener la imputación. Tal como lo expone el censor, no hay en las indagatorias un preciso cuestionamiento sobre las características de dichas armas, que permitan identificarlas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y menos sobre la conducta que respecto de su porte se endilga a los imputados.

El fallador de primera instancia concluyó que la subametralladora incautada tenía autorización legítima para porte, según certificación de 27 de agosto de 1996, expedida por el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos de las Fuerzas Militares (fls.561/5), donde se hace constar que la mencionada arma aparecía registrada a nombre de la empresa Pollos Crispi, y esta realidad procesal que el Tribunal Nacional reconoció, derribó la imputación por el porte ilegal de armas, al punto que se profirió absolucón por ese cargo. De suerte que el ad quem, al sostener que la acusación se sustentaba no solo en la utilización de la referida arma, sino “en la totalidad de las armas que fueron utilizadas por el grupo de hombres que fuertemente armados sacaron de la Clínica a la procesada Gloria Patricia Gómez Osorio” se apoyó en aspectos que no fueron motivo de indagación a los procesados, lo cual resulta violatorio del debido proceso

y por ende del derecho de defensa.

Confronta los interrogatorios realizados a cada uno de ellos en sus indagatorias con las decisiones de la Fiscalía, para sostener que en la calificación de segundo grado el ente acusador, en forma no muy clara, “modificó la imputación que se había hecho a los procesados por el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, involucrando en el cargo la presencia de armas de largo alcance cuya tenencia dedujo de las pruebas aportadas a la investigación, aspecto que, sin embargo, no había sido materia de interrogación a los procesados en sus respectivas indagatorias y posteriores ampliaciones de las mismas, entre otras razones, porque de acuerdo con éstas, la forma como ocurrieron los hechos -previa concertación criminal con los policiales que vigilaban a la señora Gómez Osorio- no requería el uso de armas de fuego” (fls.23/Corte).

En este orden de ideas, es procedente acceder a la solicitud de nulidad impetrada por el actor, para posibilitar la indagación a los procesados por el porte de “otras armas” de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, nulidad que deberá ser decretada a partir del cierre de la investigación de la causa principal, dejando a salvo las pruebas legalmente practicadas.

1.2.Cargo segundo. Violación directa por falta de aplicación del artículo 40.3 del Código Penal respecto del procesado José Albeiro Castro Gallego. Afirma que este cargo debe ser entendido dentro de la lógica que maneja la segunda instancia, puesto que el factor generador de inculpabilidad no fue analizado por el Juez ad quem, quien en relación con el porte de armas, aplicó criterios de imputación absolutamente genéricos, tanto respecto de las armas que fundamentan la incriminación, como en relación con la participación en el delito de los distintos procesados.

Así, en punto al primer aspecto, precisó que las evidencias procesales (testimonios) demostraban la tenencia de armas de largo alcance, y consideró, genéricamente, que su

utilización era imputable a todos los acusados, pero no especificó cuál era la situación jurídica de cada uno de ellos en el delito respectivo, ni se adentró en consideraciones particulares que definieran su participación en el delito. Sobre esta argumentación genérica los consideró a todos coautores, sin determinar si el tipo penal fundamento de la imputación podía realizarse por un conjunto de personas, y sin examinar la concreta situación del procesado Castro Gallego.

En estas condiciones, podría entenderse la sentencia del Tribunal de dos maneras: la imputación a todos los procesados del delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares en calidad de coautores, dentro del fenómeno de la coautoría impropia, que no fue analizado en la sentencia, o bien como autores independientes del porte de sendas armas de las mismas características.

En el primer evento (tesis que quiso sentar el Tribunal), resulta imposible atacar la sentencia con el fundamento esgrimido por el censor ante la falta de claridad del fallo impugnado, pues el error de Castro Gallego acerca de la legitimidad de la tenencia de la subametralladora no lo ampararía respecto de los otros artefactos. Sin embargo, se presentaría una nulidad de lo actuado, que conduciría a la anulación de la sentencia de segunda instancia, por cuanto que una fundamentación en estas condiciones afecta el derecho a la defensa. Primero, porque se sorprende al acusado con una acusación que no fue claramente delimitada y, segundo, porque la motivación de la sentencia de segunda instancia no le permitió conducir su defensa sobre bases ciertas y determinables.

En el segundo supuesto, le asiste razón al recurrente en la omisión que advierte, toda vez que el Tribunal no analizó la específica situación de Castro Gallego en relación con el contenido del artículo 40.3 del Código Penal. Si el juzgador ad quem consideraba que este procesado debía responder exclusivamente por el porte de la subametralladora que le fue entregada por su patrono, ha debido examinar la incidencia que el documento que se le entregó tenía en la formación del juicio del imputado, para luego determinar si era

procedente reconocer la concurrencia de un error de tipo o de prohibición.

No obstante lo expresado, la demanda no está llamada a prosperar por haber sido mal seleccionado el camino de la alegación, pues el recurrente alega violación directa de la ley sustancial bajo el entendido que el Tribunal consideró como hecho probado la existencia de permiso para el porte de la subametralladora, cuando la verdad es que el se abstuvo de hacer dicho reconocimiento. De allí que el cargo haya debido plantearse por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, camino que le habría permitido al casacionista demostrar la validez de las pruebas atinentes al salvoconducto, y sus consecuencias jurídicas.

1.3. Cargo tercero. Violación indirecta. Error de hecho por suposición de prueba. Considera que este cargo se encuentra indebidamente planteado, y no debe en consecuencia prosperar. Sostiene que el reproche es confuso, en cuanto que el casacionista denuncia suposición de prueba respecto de dos hechos distintos: la calidad de las armas utilizadas por los procesados, y el permiso de autoridad competente para portarlas.

En lo que toca con la calidad de las armas, debe precisarse que en la ley colombiana rige el principio de libertad probatoria, que permite al funcionario judicial declarar probados los hechos con cualquier medio de prueba, de suerte que el juzgador podía válidamente declarar probada la tenencia de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, a partir de los testimonios recaudados durante la investigación, tal como lo hizo. Y si algún error cometió en dicho análisis, correspondía al demandante alegar específicamente sobre ese punto, con el fin de desvirtuar sus conclusiones probatorias, pues un yerro de tal naturaleza no sería constitutivo de suposición de prueba, sino eventualmente de un falso juicio de identidad, que impone una forma de alegación distinta.

El otro ataque, consistente en que el Tribunal supuso la prueba sobre la ausencia de permiso para portar las armas, resulta ser un argumento un tanto artificioso de acuerdo con la lógica que puede extractarse de la sentencia, porque lo que el sentenciador quiso afirmar es que “ante la ausencia del permiso correspondiente -que es el resultado de un juicio sobre las pruebas atinentes a este aspecto, cuyo análisis nunca se hizo explícito- se puede predicar la carencia del permiso legítimo de la autoridad competente.

1.4. Cargo cuarto. Violación indirecta. Error de hecho por falso juicio de existencia. In dubio pro reo. Afirma que el censor supone la aceptación de una duda en el fallo de segundo grado en relación con la conducta investigada, que no surge del texto de la decisión, como que no se advierte su reconocimiento, resultando claro, por el contrario, que el Tribunal se apoyó en prueba testimonial para declarar probado el porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, resultando por tanto inapropiada la impugnación a partir del error denunciado.

Cierto es que uno de los procesados tenía a su disposición armas de uso privativo de las Fuerzas Militares amparadas con permiso de autoridad competente, y que a partir de este hecho podría pensarse que el acusado no requería de armas distintas de las debidamente amparadas para la perpetración del hecho punible, pero estas son afirmaciones que no alcanzan a demostrar la existencia de un error en la apreciación probatoria -el juzgador sacó otras conclusiones de los medios de prueba-, ni la manifiesta expresión de una duda que imponga el deber de absolver a los procesados.

Es del criterio, por tanto, que la censura debe ser desestimada.

2. Demanda a nombre de los procesados Gloria Patricia Gómez Osorio y Luis Fernando Lopera Ramírez.

Primer cargo subsidiario. Nulidad. Imprecisión de los cargos formulados en la resolución de acusación: Sostiene que este ataque está llamado a prosperar, ya

que resulta evidente que la resolución acusatoria adolece de imprecisiones en cuanto a las características de las armas que determinaron la condena por infracción al artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, irregularidad que constituye afectación del derecho a la defensa, en la medida en que las imputaciones genéricas obstaculizan las posibilidades de ejercer el derecho a la contradicción.

No se pone en duda que el Fiscal de segunda instancia pudo especificar las razones por las cuales consideró, en su oportunidad, que las armas utilizadas por los procesados eran de uso privativo de las Fuerzas Militares. Sin embargo, lo que se advierte es que debido a un deficiente análisis de las pruebas recaudadas, solo se mencionaron como armas de uso privativo la subametralladora incautada y, genéricamente, una pistola calibre 45, de la cual ni siquiera se dijo porqué se clasificaba como de uso restrictivo. Tampoco se mencionó por qué se aceptaba como cierta e irrefutable la aseveración del celador de la clínica que dijo haber visto tal clase de arma, siendo que a simple vista -salvo casos excepcionales- resulta imposible, para el común de la gente, establecer su calibre.

Del análisis de su decisión -cuyos apartes pertinentes transcribe-, surge claro que el Fiscal trata de dar sustento a la acusación a través de expresiones que no permiten clasificar las armas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, pues si bien es cierto las pistolas 45 mm. pueden pertenecer a dicha clasificación, se imponía estudiar con mayor detenimiento el testimonio del vigilante que daba razón de ella, para establecer las condiciones de su percepción y consiguiente aseveración. Y, en punto a los testimonios de los policías, la situación resulta más deficiente, pues el Fiscal se fundamentó en el dicho de estos servidores públicos de haber sido repelidos con armas de largo alcance, “como si todas las armas de largo alcance pudieran ser consideradas como de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 442 del estatuto procesal penal, que establece los requisitos formales de la resolución de acusación, se precisa hacer una narración

de los hechos investigados con determinación de las circunstancias que los especifiquen, e indicación de las pruebas y fundamentos de la imputación, de manera clara, de suerte que el procesado pueda asumir su defensa en condiciones adecuadas. De allí que no resulte apropiado, como aconteció en el presente caso, afirmar, para mantener la vigencia de la imputación, que en el hecho se utilizó no solo la subametralladora incautada, sino “muchas más, algunas de ellas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y que en el proceso no aparece que ninguno de los sindicatos tuviera permiso para porte de esta clase de armas”.

Este tipo de imputaciones, por ser de carácter genérico, atenta contra las garantías fundamentales, pues no es lo mismo imputar porte de armas de defensa personal, que similar conducta sobre armas de uso privativo de la Fuerza Pública. De allí que lo menos que pueda pedirse al ente acusador, es que determine el objeto material del delito, en los casos en que puedan dar lugar a distintas adecuaciones típicas. La resolución de acusación debió, por tanto, individualizar las características de las armas utilizadas por los procesados que se clasificaban como de uso privativo, y precisar las fuentes de ese concreto conocimiento, como los testimonios allegados al proceso, en cuya recepción ha debido ser más cuidadoso el funcionario instructor.

Así las cosas, tiene razón el libelista cuando destaca que esta irregularidad afecta no solo el debido proceso sino el derecho de defensa, en cuanto no hay certidumbre sobre lo que se investiga, ni sobre los cargos, impidiendo el ejercicio de una adecuada relación adversarial.

SE CONSIDERA:

Siguiendo el orden lógico que impone el principio de prevalencia de las causales en casación, la Corte analizará primero los cargos planteados al amparo de la tercera de ellas, para después aprehender el estudio de los propuestos con fundamento en la primera,

agrupando los reproches que son comunes a las dos demandas.

1. Nulidades:

1.1. No haber sido interrogados los procesados en sus indagatorias sobre los hechos que determinaron la condena por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Las apreciaciones del demandante y la Delegada en el sentido de que las indagatorias de los procesados adolecen de deficiencias que inciden en la validez de la actuación procesal por falta de concreción de los cargos que dieron lugar a la condena por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, son equivocadas.

Para empezar, dígase que la indagatoria no es una diligencia de formulación de cargos, como parece entenderlo el casacionista, sino un medio de defensa del imputado, y que la ley no exige para su validez o la validez de las decisiones jurídicas que deban adoptarse con fundamento en ella, que en su desarrollo se cumplan precisas reglas o determinadas fórmulas sacramentales. Tampoco requiere de un específico orden en la formulación del interrogatorio, ni que las preguntas se expresen en un determinado sentido. Simplemente exige que el imputado sea interrogado “en relación con los hechos que originaron su vinculación”, con el fin de que pueda explicar su conducta. (art.360 C. P.P.).

De esa manera el Estado cumple con la obligación que le compete de garantizar el derecho defensa, y el interrogatorio que deba ser desarrollado por el funcionario

judicial dependerá, como es apenas de obviedad suma entenderlo, de los antecedentes y circunstancias conocidas en el proceso, y de la postura que en relación con ellos asuma el indagado en la diligencia, no de formatos o fórmulas abstractas preconcebidas.

Si el imputado, por ejemplo, acepta los hechos, habrá necesidad de entrar a concretar con su colaboración las circunstancias en las cuales acontecieron, su grado y forma de participación, y la de los demás intervinientes si los hubo, pero si los niega, teniendo cabal conocimiento del acontecer fáctico sobre el cual está siendo interrogado, ningún sentido tiene entrar a indagar sobre dichos aspectos, por resultar inoficioso, y además inconducente, no siendo dable alegar después, por quien ha propiciado una tal situación, violación del derecho de defensa, o quebrantamiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, con el argumento de que no fue interrogado en debida forma sobre los hechos.

En el caso objeto de estudio, los hechos que determinaron la captura y vinculación al proceso de Gloria Patricia Gómez Osorio, Aldemar Mejía Mejía, José Albeiro Castro Gallego, Jorge Iván Escobar Palacio y José Ramírez Cardona ó Luis Fernando Lopera Ramírez, se hacían consistir en lo siguiente: rescate de la señora Gloria Patricia Gómez Osorio de la habitación No.361 de la Clínica de Occidente de Cali, donde se hallaba recluida en calidad de detenida por orden de autoridad judicial competente, por parte de un grupo armado de aproximadamente 10 personas.

Pues bien. Si se estudian en su contexto cada una de las indagatorias de los procesados, incluida la de José Arnul López Sierra, se advertirá que todos ellos fueron indagados en relación con los referidos hechos, y además, que tenían conocimiento de su ocurrencia. Sin embargo, decidieron negar su participación en ellos, e inclusive el hecho mismo, dando lugar a que el interrogatorio se desarrollara de acuerdo con dicha postura, y no se concretara, en consecuencia, sobre aspectos específicos de la acción

delictiva, como circunstancias, número de intervinientes, aporte de cada uno de ellos, armas utilizadas, clases, características, etcétera, por resultar no solo innecesario, sino incompatible con las respuestas de total ajenidad suministradas por los indagados.

Con todo, el funcionario se empeñó en obtener la mayor información posible sobre los hechos investigados, y en particular sobre la situación objeto de cuestionamiento (utilización de armas), como claramente se establece de los siguientes apartes de cada una de las indagatorias de los procesados, que el ad quem también transcribió en la sentencia impugnada con el propósito de rebatir los cargos que en igual sentido planteó la defensa.

Indagatoria de Aldemar Mejía Mejía: “PREGUNTADO: Al momento de ingresar dichas personas a la clínica vio usted qué tipo de armas portaban. Usted lo estaba también? CONTESTO: Vi que en la parte de afuera de la habitación del lado derecho, habían dos o más individuos armados y por eso pensé que era que iban a atacar contra la integridad de la señora y su bebé, de ahí la reacción mía de sacarla y en ningún momento he andado armado ni me encontraba armado al momento de los hechos... de los elementos que me hablan en voz alta y que me ponen de presente solo reconozco el viper (sic) de mi propiedad y la subametralladora color negra con los proveedores que tengo de presente y la cual está debidamente amparada a nombre de “Pollos Crispi” y la cual la portaba el conductor del vehículo... PREGUNTADO: Qué armamento observó usted al momento del ingreso de las personas que en número de diez, entraron a rescatar a doña Olga (sic) Patricia? CONTESTO: Yo únicamente logré observar dos o tres personas al fondo del pasillo al lado derecho de la habitación, pero por la sorpresa y rapidez de los hechos no pude determinar qué armas portaban dichos individuos... PREGUNTADO: Qué vio usted al momento en que se presentó el grupo armado e intimidó a los policías que vigilaban? CONTESTO: Yo me encontraba dentro de la habitación durmiendo en un sofá-cama cuando sentí un tropel afuera de gente...” (fls.47 vto., 49, 50, 50 vto./1).

Indagatoria de José Albeiro Castro Gallego: “PREGUNTADO: En indagatoria el señor ALDEMAR MEJIA MEJIA ... manifiesta que usted era la persona que portaba una subametralladora que fue encontrada debajo de un mueble ubicado en el apartamento del piso 10 de la Torre de Cali, qué tiene para decir? CONTESTO: La Subametralladora siempre está dentro del carro, pero es asignada al chofer para la protección de la patrona, como había dicho antes de que habíamos ido a la Torre de Cali y nos bajamos para buscar el apartamento yo me bajé con esa arma en la mano... cuando dijimos que ya íbamos a salir el arma la escondí para que no hubiera ninguna reacción de la policía...PREGUNTADO: Sírvase decir si la ametralladora que se le pone de presente ...es la misma a la cual se refiere CONTESTO: Sí señor Fiscal, ...es la misma arma que escondí debajo de un asiento en el apartamento del edificio Torre de Cali...PREGUNTADO: Dice el informe policivo que para poder rescatar a la señora GLORIA PATRICIA secuestraron a los policías que la custodiaban. Sabe usted qué pasó con ellos? Como he dicho anteriormente, no me di cuenta nada de lo que sucedió porque yo estaba dentro del carro. PREGUNTADO: Posterior al informe policivo figura la denuncia formulada por el Agente José Alexander Sánchez Herrera, en la cual se dice que fueron obligados a salir del edificio Clínica de Occidente por un personal aproximado de 10 hombres que los redujeron a la impotencia y se les hurtaron las armas y los radios. Mientras usted permaneció en la camioneta se percató de la presencia de estos 10 individuos? CONTESTO: No vi nada... PREGUNTADO: Llegó a escuchar durante la partida de la clínica hacia el Hotel Torre de Cali tiros o escucharon tiros o ustedes hicieron tiros? CONTESTO: No escuchamos tiros ni tampoco hice funcionar el arma que llevaba...PREGUNTADO: Prestó usted servicio militar, tiene armas de fuego? No presté servicio militar y no poseo ninguna arma de fuego (fls.53 y vto., 55 vto., 56/1).

Indagatoria de Jorge Iván Escobar Palacio: “PREGUNTADO: Sírvase manifestar cuántas personas ingresaron a su oficina y si portaban armas? CONTESTO: Entraron dos hombres bastante asustados y una señora en embarazo un hombre portaba un arma pero la llevaba

colgada no sé qué clase de arma portaba...PREGUNTADO: Se enteró usted que la señora que llegaba a su oficina había sido rescatada presuntamente en una clínica? CONTESTO: Solo me enteré por la prensa al otro día de estar detenido.... quien dice ser el encargado de la seguridad de ella manifiesta que él estaba cuidando la señora y oyó un tropel y pensó que la vida de ella corría peligro y según cuenta él no hubo violencia...PREGUNTADO: Sírvase decir si la ametralladora que se le pone de presente la ha visto en otra ocasión, a quién y por qué razón? CONTESTO: Me parece que es con la que ingresó a mi oficina una de las personas ese día en la madrugada. PREGUNTADO: Sabe usted de quién es el vehículo Toyota de placas IZ8375 blanco, cabinado, de cuatro puertas blindado? Tampoco lo conozco ni sé de quién. PREGUNTADO: De igual manera sabe a quién pertenece el otro automotor decomisado? CONTESTO: No sé sobre su dueño. PREGUNTADO: Usted sabe sobre la pérdida de las armas de los policía secuestrados y de sus radios? Vuelvo y repito que no tengo conocimiento ni de armas, ni de policías ni de secuestros (fls.58 vto., 59, 60/1).

Indagatoria de José Ramírez Cardona ó Luis Fernando Lopera Ramírez: “PREGUNTADO: En su relato ha manifestado que departiendo con su compañero JORGE IVAN en el piso 10 de la Torre de Cali ingresaron al sitio donde se encontraban tres personas entre ellas una mujer encinta y en forma intempestiva, sabe usted qué argumentaron al momento de entrar, cómo era su actitud, si portaban armas de fuego y en general cuál era el estado anímico y psicológico? CONTESTO: Dijeron por favor ayúdenos que nos vienen persiguiendo que necesitamos llamar a la policía necesitamos un teléfono, lo decían en forma suplicante en forma angustiada tanto que nos transmitió esto, en ese momentos tan verracos solo uno de ellos como que portaba arma grande pero no sé qué arma era además no conozco nada de armas porque no tengo ninguna...PREGUNTADO: Qué conoció usted de unos hechos ocurridos en la clínica de occidente de esta ciudad donde según el informe de policía alrededor de 10 personas armadas ingresaron a la habitación 361 de la clínica y se llevaron a una persona de sexo femenino la cual estaba en

gestación, qué sabe? CONTESTO: De eso no se nada solo me enteré en los calabozos de la policía metropolitana, de lo que había sucedido...PREGUNTADO: Se enteró o qué conocimiento tiene del rescate de que fue objeto la señora GLORIA PATRICIA GOMEZ OSORIO por parte de un grupo de personas armadas en la clínica donde estaba metida? CONTESTO: No se nada, soy una persona inocente metida en un problema. PREGUNTADO: Se asegura igualmente que al momento de ser capturado en el edificio Torre de Cali usted aparece como enfermero...CONTESTO: No se por qué me atribuyen dicha característica además insisto en que me encontraba tomando con mi compañero JORGE IVAN en la oficina...PREGUNTADO: Sabe usted si las personas retenidas junto a usted portaban armas u otros elementos? CONTESTO: No.” (fls.67, 67 vto. 68/1).

Indagatoria de Gloria Patricia Gómez Osorio: “PREGUNTADA: Cuéntele a la Fiscalía todo, todos los hechos de que tenga conocimiento sobre la presunta fuga de la Clínica de Occidente: CONTESTO: Yo estaba acostada y no sé ni qué horas eran, me tenían con destroza (sic) por la destroza (sic) me estaban pasando otra droga con el fin de evitar las contracciones pues el bebé se me ha querido venir...cuando llegó ALDEMAR y me sacó, él permanecía adentro y afuera del cuarto, de pronto entró y me sacó apresuradamente no me dijo nada, yo estaba medio dormida y medio dopada, en medio de mi sonsera yo escuchaba una bulla y salimos por el ascensor, yo salí con él, bajamos el primer piso y salimos de allá, me subieron al carro y arrancaron rapidísimo, Albeiro arrancó y llegamos a un edificio...PREGUNTADA: Sabe que diez hombres armados entraron según el informe de policía a rescatarla? CONTESTO: Eso no es verdad porque la única persona a la cual vi fue a Aldemar... PREGUNTADA: Sírvase decir si el arma que se le pone de presente es conocida por usted, si la había visto antes (se le pone de presente la subametralladora) CONTESTO: Esta arma que tengo de presente es de la empresa y está amparada legalmente, es la que debe portar mi conductor para mi seguridad” (Fls.71 vto. , 72 y 74/1).

Indagatoria de Jorge Arnul López Sierra: “PREGUNTADO: Portaba usted armas de fuego

esa madrugada de la fuga de la señora GLORIA PATRICIA GOMEZ OSORIO? CONTESTO: No portaba ningún arma de fuego, es más el arma de mi propiedad se encontraba en mi casa...PREGUNTADO: Diga si en el momento de la fuga de la señora GLORIA PATRICIA GOMEZ OSORIO escuchó usted disparos de arma de fuego? CONTESTO: No escuché ningún disparo de arma de fuego, ya que como lo dije anteriormente, nosotros salimos como Pedro por su casa, ya que los agentes se encontraban todos durmiendo con el guarda que se encontraba allí, pero en ningún momento escuché disparos... PREGUNTADO: Informe si hubo algún plan para liberar a la señora GLORIA PATRICIA GOMEZ OSORIO? CONTESTO: No doctor, no hubo ningún plan porque como lo comenté anteriormente yo llegué donde los Agentes que habían laborado conmigo y hablé del caso y se hizo allí mismo, eso es todo... PREGUNTADO: Los Agentes Figueroa, Sánchez y Herrera al instaurar denuncia y luego ante la Fiscalía Regional manifiestan que fueron encañonados por hombres corrijo por un grupo de personas que portaban pistolas y ametralladoras, que fueron reducidos a la impotencia, despojados de sus radios y de sus armas, que luego fueron conducidos en un campero blanco hacia la vía al mar... Qué puede decir en relación con dichas afirmaciones? CONTESTO: Que eso es totalmente falso, ya que las cosas sucedieron como las comenté anteriormente" (fls.208, 210, 213/2).

Contrario a lo sostenido por el casacionista y el Procurador Delegado, se tiene entonces que los procesados fueron directa e inequívocamente indagados sobre los hechos objeto de investigación (rescate a mano armada de la señora Gloria Patricia Gómez Osorio de la Clínica de Occidente de Cali), y que el interrogatorio se desarrolló de acuerdo con las respuestas dadas por cada uno de los procesados y los antecedentes y circunstancias conocidas en el proceso, habiéndose dejado claro a los indagados que en desarrollo de la acción delictiva habían sido utilizadas armas de fuego, entre ellas la subametralladora hallada en el apartamento 1002 de la Torre de Cali, y que sobre dicha acción, realizada en las anotadas circunstancias, estaban siendo indagados los imputados.

Cierto es que el interrogatorio solo incluyó preguntas directas sobre la subametralladora

MP-8269, lo cual responde a la circunstancia de haber sido la única arma incautada por las autoridades, pero ello no significa que los investigadores hayan ignorado la existencia de las otras armas, en el entendido de que solo fue utilizada una en la acción delictiva, o que hubieran transmitido esa idea a los indagados. Si algo quedó evidenciado en el curso del interrogatorio, es que estaban siendo interpelados por un hecho delictivo en que habían participado cuando menos diez personas provistas de armas de fuego.

Aparte de que los imputados fueron adecuadamente interrogados sobre los hechos objeto de investigación (rescate de la señora Gloria Patricia Gómez Osorio de su lugar de reclusión provisional por un grupo armado integrado por un número no menor de 10 personas), y que por este concreto aspecto no se establecen irregularidades sustanciales que afecten la validez de la actuación procesal, no puede dejar de precisarse, como argumento adicional para desestimar la censura, que al momento de ser resuelta la situación jurídica, la Fiscalía profirió en contra de los indagados medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, y que en dicha decisión no solo se hizo referencia a la subametralladora MP-5 No.8269, sino a las otras armas utilizadas en la operación de rescate, las cuales, de acuerdo con las pruebas y diligencias allegadas hasta ese momento al proceso (denuncia presentada por José Alexander Sánchez Herrera e informes de Policía Judicial), se hacían consistir en subametralladoras y pistolas (fls.7 y vto.), quedando absolutamente claro para ellos que no solo se les estaba imputando la tenencia de la subametralladora MP-5 No.8269, sino de varias armas de características similares. La referida decisión precisa en lo pertinente:

“VIOLACIÓN AL ARTICULO 2º DEL DECRETO 3664 DE 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo 1º del Decreto 2266 de 1991). Por razón del porte y conservación de la subametralladora fusil, calibre 9 mm., número 8269, HK SP89, con tres proveedores y 71 cartuchos del mismo calibre. Ello para no decir nada del consciente porte de los revólveres de dotación de los agentes de policía.

“Este reato es imputable por la carencia de salvoconducto, de cuya tenencia solo se tiene la afirmación huérfana de todo respaldo probatorio de índole documental, además de que era portada en el rodante utilizado para la fuga, en el que cualquiera de los viajeros podía hacer uso de ella, fue guardada y escondida en el inmueble donde se produjo la captura con el consentimiento de sus moradores, que no hicieron nada para impedirlo toda vez que de sus dichos, se infiere que en ningún momento fueron amenazados.

(...)

“De la misma manera, la existencia de una subametralladora con una muy buena provisión de cartuchos, escondida debajo de uno de los muebles que se hallaban en el interior del inmueble donde se produjo la captura, constituye indicio grave que refuerza el testimonio denuncia rendido inicialmente por el Agente JOSE ALEXANDER SANCHEZ HERRERA, en el sentido de que los individuos que los sometieron, despojaron de armas y radios, liberaron a la señora GOMEZ OSORIO y seguidamente los secuestraron portaban ‘armamento automático de largo alcance y pistolas’ (fls.7). La anterior observación se hace necesaria, porque dicho deponente al ampliar la denuncia intenta suavizar ostensiblemente el accionar de los implicados, al reducir a solo pistolas el armamento utilizado (fls.39 vto.)” (fls.138 y 140/1).

Otra razón para desestimar el cargo, la constituye el hecho de que en el curso de la investigación, después de haber sido resuelta la situación jurídica de los detenidos, fueron aportadas al proceso nuevas pruebas, entre ellas los testimonios del vigilante Omar Cerón Astaiza (fls.31/2) y el Sargento Viceprimero Alirio Silva Pineda (quien intervino en la persecución de los asaltantes), de cuyo contenido surge que los implicados utilizaron varias subametralladoras (no solo la incautada en el apartamento No.1002 de la Torre de Cali) y que frente a la nueva situación probatoria el Fiscal podía acusar por el referido ilícito, sin importar las precisiones hechas, o las decisiones adoptadas en la providencia de definición de la situación jurídica.

Mal puede, entonces, en las anotadas condiciones, sostenerse que los procesados y la defensa fueron sorprendidos al momento de ser dictado el llamamiento a juicio, y después en la sentencia, con hechos o situaciones respecto de las cuales no fueron interrogados en sus indagatorias, o de los cuales no tenían conocimiento, pues como se dejó visto, plurales son las referencias fáctico procesales que demuestran lo contrario.

Un argumento final para afirmar la inconsistencia de la censura, es que no toda irregularidad procesal derivada de la circunstancia que sirve de sustento fáctico al cargo (interrogatorio deficiente en la indagatoria), tiene la virtualidad de afectar de nulidad la actuación. La Corte ha venido sosteniendo que solo podría llegar a tener aptitud rescindente si se establece que el procesado no estuvo en condiciones de conocer y controvertir en tiempo la imputación, de manera que el derecho de defensa resulte realmente comprometido, pues solo en un tal evento es dable afirmar que esta garantía fundamental ha sido afectada, situación que lejos está de poder ser predicada del caso en estudio (Cfr. Casación de 17 de junio de 1999, Magistrado Ponente Dr. Córdoba Poveda).

En el caso sub judice, el demandante, aparte de no tener razón en la formulación de la censura, omite entrar a demostrar dicho aspecto, situación que constituye otro argumento para desestimar el cargo.

El reparo no prospera.

1.2. Deficiente concreción de los cargos en la resolución acusatoria.

Este reproche resulta igualmente infundado. En la resolución de acusación de primera instancia, de fecha 21 de julio de 1994, la Fiscalía, al concretar los cargos por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas respecto de los procesados Aldemar Mejía Mejía, José Albeiro Castro Gallego, Jorge Iván Escobar

Palacios, José Ramírez Cardona ó Luis Fernando Lopera y José Arnul López Sierra (respecto de la procesada Gloria Patricia Gómez Osorio ordenó precluir investigación por todos los delitos), precisó que los mismos derivaban de la tenencia de la subametralladora MP-5 No.8269, exclusivamente, sin hacer para nada alusión a las otras armas utilizadas en el operativo de rescate (fls.449-461/4).

En la decisión de segundo grado, de fecha 25 de noviembre de 1994, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, revocó la preclusión de investigación dictada por el a quo en favor de Gloria Patricia Gómez Osorio por el mencionado delito contra la seguridad pública, para en su lugar llamarla a responder en juicio por el mismo, junto con los demás procesados, aclarando que se procedía no solo por razón de la subametralladora MP-5 No.8269 incautada en el apartamento 1002 de la Torre de Cali, sino de las otras armas utilizadas en la acción de asalto a la Clínica, de características similares (fls.91 a 117/5). Sobre el particular precisó:

“De la responsabilidad de todos los sindicados. Gloria Patricia Gómez Osorio: (...) La forma como ocurrió la fuga: la intervención de por lo menos una decena de personas armadas en la acción delictiva; la actitud de la sindicada GOMEZ OSORIO, tanto con el personal que se encontraba encañonado al advertirles que si no decían nada, nada les pasaba, como la forma de abandonar la clínica (fls.267/3), lleva a la conclusión de esta Delegada que la citada mujer participó activamente en la planeación y ejecución de la fuga.

“Al utilizar ilegalmente además del arma incautada otras de distintos calibres, entre ellas armas de uso privativo de las fuerzas Armadas, como la pistola calibre 45, que menciona el celador que fue desarmado y sometido a la impotencia por el grupo de sujetos que incursionaron en el centro asistencial, tanto para reducir a la impotencia a las personas que se encontraban en la acción de urgencias de la clínica, como para repeler o neutralizar la persecución que inició una patrulla de la Policía Nacional, accionando las armas,

considera esta Delegada que necesariamente debe imputarse a GLORIA PATRICIA GOMEZ OSORIO la autoría del delito descrito en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, por el fenómeno de la unidad de designio de la empresa criminal conformada para lograr la fuga.

“Luis Fernando Lopera Ramírez, José Arnulf López Sierra, Aldemar Mejía Mejía, José Alberto Castro Gallego y Jorge Iván Escobar Palacio: (...) El primero, esposo de la sindicada GOMEZ OSORIO, quien organizó junto con los otros procesados y demás sujetos que lograron huir y dejar abandonado el campero que servía de escolta a quienes se movilizaban en la camioneta Toyota blanca; a pesar de lo afirmado en sus diferentes versiones, en el proceso aparece plenamente establecido que actuó activamente en la fuga; se presentó a la clínica acompañado de algo más de 10 personas, protegidas con distintas armas de fuego, entre ellas algunas de uso privativo de las Fuerzas Armadas tales como la calibre 45 con la cual fue inmovilizado el celador, la subametralladora que fuera decomisada en la habitación 1002 del Hotel Torre de Cali, las que portaban los sujetos que se movilizaban en el otro campero incautado y quienes respondieron con disparos de armas de fuego de uso restringido a la patrulla que los perseguía.

(...)

“En cuanto a la causal de inculpabilidad en que pudo actuar CASTRO GALLEGO, alegada por los impugnantes...no se puede pretender que el sindicato haya obrado con la convicción errada e invencible de que no concurre con su acción para su conducta (sic) se adecue a la descrita en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1996, si, como ya se dijo, en la acción que se desarrolló no se utilizó solamente el arma incautada sino muchas más, algunas de ellas de uso privativo de las Fuerzas Militares y, en el proceso no aparece que ninguno de los procesados tuviera permiso para portarla.

“A pesar de no haberse incautado más armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, a

(sic) considerado esta Delegada demostrada su existencia, teniendo en cuenta las afirmaciones de personas conocedoras de este tipo de objetos; es el caso del vigilante ubicado en la sección de urgencias de la clínica, quien señala que fue encañonado con una 45 mm.; o de los miembros de la patrulla de la Policía Nacional que persiguieron a los sujetos que participaron en la fuga de la señora GOMEZ OSORIO, quienes hacen mención de los disparos de armas de fuego de largo alcance con que fueron enfrentados por los ocupantes del campero que servía de escolta a la camioneta Toyota blanca". (fls.107, 108, 109, 110, 111/5).

Como puede verse, ninguna duda surge sobre la imputación fáctica de la conducta, ni menos sobre su imputación jurídica, pues repetidamente la Fiscalía Delegada hizo mención a la violación del artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, incorporado a la legislación permanente por el 1º del Decreto 2266 de 1991, que trata del porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, quedando de esta manera claramente delimitados los cargos en ambos aspectos (fáctico y jurídico), e inequívocamente definido, por su especie (subametralladoras, y cuando menos una pistola .45 milímetros), el objeto material de la conducta.

Tanto el demandante como la Delegada sostienen que en tratándose del delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, resulta imprescindible precisar en la resolución de acusación las características de las armas, y que esto imponía para el caso sub judice tener que individualizar las subametralladoras y pistolas supuestamente utilizadas por los procesados por su tipo, modelo, origen o calibre, y como no se hizo, debe concluirse que se afectó el derecho de defensa por falta de concreción del objeto material.

Esta apreciación es equivocada por dos razones. Porque implicaría que las armas sean necesariamente incautadas, lo cual trasciende la configuración típica de la conducta, que no incluye esta exigencia; y, que medie un dictamen técnico científico que determine sus

características (pues solamente una prueba de esta naturaleza podría satisfacer las pretensiones del demandante), lo cual se opone al principio de libertad probatoria, que permite acreditar los elementos típicos de la conducta por cualquier medio de prueba.

El tipo penal que define el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ha sido dicho por la Corte, integra la categoría de los llamados en blanco o de reenvío, en cuanto para determinar la naturaleza del arma debe acudirse a la reglamentación legal sobre la materia, donde se establecen parámetros para que el intérprete pueda determinar si se trata o no de armas de uso privativo de la Fuerzas Armadas.

En algunos casos habrá necesidad de indagar, para poder establecerlo, por el calibre del arma, pero en otros, bastará determinar su clase para llegar a la conclusión de que se está en presencia de ellas, como ocurre con los fusiles, las ametralladores y subametralladoras, de suerte que para la imputación de la conducta típica, resulta suficiente la acreditación de este solo aspecto, sin que sea necesario, como ya se dijo, que el arma haya sido objeto de incautación, o que medie una peritación técnica de expertos en balística.

En el presente caso, el Fiscal ad quem fue claro en señalar, con fundamento en la prueba que obraba en el proceso (testimonios de Omar Cerón Astaiza y Alirio Silva Pineda), que se trataba de varias subametralladoras y cuando menos una pistola .45 milímetros, dejando de esta manera plenamente identificado por su especie el objeto material de la conducta, pues ambas categorías de armas son materialmente identificables, y ello resultaba suficiente para imputar el cargo por porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Se discute también por el censor y el Procurador Delegado que el Fiscal acusador solo se refirió de manera concreta a una pistola 45 mm., de cuya presencia da cuenta el

vigilante Cerón Astaiza, sin haber estudiado a fondo el contenido de su testimonio para establecer las condiciones de percepción y la consiguiente veracidad de sus afirmaciones.

Este cuestionamiento además de no ser cierto, trasciende el marco propio de la censura. Del contenido de la providencia calificatoria se establece que la Fiscalía aludió también, de manera expresa, a la existencia de otras subametralladoras, teniendo por fundamento los testimonios de los integrantes de la patrulla que persiguió a los procesados hasta la Torre de Cali, e intercambió disparos con los ocupantes del vehículo de placas MB6872, quienes sostienen que en dicho vehículo se movilizaban cuatro personas, y que todas ellas portaban subametralladoras uzi (confrontar testimonio de Sargento Viceprimero Alirio Silva Pineda. Fls.42/2).

Ahora bien, si el casacionista consideraba que la pistola 45 no es un arma que pueda ser calificada de uso privativo de las Fuerzas Armadas, o que la prueba que soporta las conclusiones del fallo resulta deficiente por ser inconsistente o contradictoria, debió plantear la censura por la vía de la causal primera, por falsos juicios de racionalidad en la apreciación del mérito de las pruebas, mas no alegar imprecisión en la formulación de los cargos, pues, como se dejó visto, esta situación no se ha presentado.

No se entiende finalmente, ni el censor lo explica, cómo la circunstancia de no haberse logrado precisar el número exacto de intervinientes en el hecho (10, 13 o 15), pudo haber incidido en la defensa de los procesados, o violado las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Se desestima la censura.

1. Causal primera:

2.1. Violación directa de la ley sustancial. Falta de aplicación del artículo 40.3 del Código Penal en relación con el procesado José Albeiro Castro Gallego.

La Corte se abstendrá de analizar este cargo por intrascendente. Basta precisar, para advertirlo, que el juzgador de primer grado absolvió a todos los procesados por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, por atipicidad de la conducta, y que el Tribunal revocó esa decisión para condenarlos por dicho ilícito, pero no en relación con la subametralladora MP-5 No.8269, sino de las demás armas utilizadas en el operativo de rescate, pues consideró que “con excepción” de aquella, “los sujetos activos no poseían autorización oficial para portar ni utilizar esa clase de armamento, cuyo uso está reservado a la Fuerza Pública (fls.613/5 y 16 y 28 del cuaderno del Tribunal).

Siendo ello así, ningún sentido tiene entrar a analizar si el procesado Castro Gallego obró o no en el convencimiento errado e invencible de estar portando un arma amparada por la ley, pues como se dejó visto, los juzgadores de instancia no dedujeron responsabilidad penal por su uso.

2.2. Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por suposición de prueba.

El planteamiento de este cargo resulta confuso, pues el actor, como lo anota el Procurador Delegado en su concepto, denuncia a un mismo tiempo suposición de prueba sobre dos hechos distintos: La existencia y calidad de las armas utilizadas en el operativo, y la existencia de permiso de autoridad competente para portarlas.

Aunque en estricto rigor técnico esta falencia torna inexaminable el cargo, pues la Corte, en virtud del principio de limitación que preside este medio de impugnación extraordinario, no puede entrar a suplir vacíos del libelo, ni a corregir sus falencias técnicas o argumentativas, debe precisarse que el error denunciado no existió, pues del estudio de la providencia impugnada surge que el Tribunal hizo expresa mención de las

pruebas en las cuales sustenta tales conclusiones, y el examen de la actuación permite establecer que materialmente hacen parte del proceso. Las siguientes constituyen en lo esencial las argumentaciones del ad quem en relación con las características de las armas y las pruebas que informan de su existencia:

“...en el informe policivo que da cuenta de los acontecimientos, se indica que una vez Gloria Patricia Gómez Osorio fue rescatada de la Clínica de Occidente, los Agentes Alirio Silva Pineda, Diego Gordillo Franco y Eladio Castillo iniciaron la persecución de los automotores en que huían, habiendo sido éstos atacados por sus ocupantes con ‘armas de fuego de largo alcance uzzí’ (fls.15/2 causa principal).

“El Agente Alirio Silva Pineda corrobora la anterior información, señalando que efectivamente el grupo de personas que incursionó en el aludido centro hospitalario le disparó a la patrulla que los persiguió, ‘con armamento de largo alcance’ (fls.120/2 causa principal). En la versión que este uniformado rindió dentro del proceso disciplinario que adelantó la policía fue más concreto, pues indicó: ‘empezamos a dispararle a la Toyota café de donde nos respondieron con armamento de largo alcance y alcancé (sic) a divisar cuatro personas en el interior con subametralladoras uzi’ (fls.42/2 causa principal).

“Aunque el uniformado José Alexander Sánchez Herrera se vio involucrado en los referidos hechos y posteriormente fue condenado por haber aceptado la oferta de dinero para permitir la fuga de Gloria Patricia Gómez, en su versión inicial (denuncia) adujo que a la Clínica en mención acudieron ‘unas diez personas aproximadamente, de sexo masculino las cuales portaban armamento automático de largo alcance y pistolas’ (fls.7/1 causa principal).

“El vigilante Omar Cerón Astaiza declaró que la noche de autos en la clínica donde él prestaba sus servicios ‘aparecieron seis tipos armados...uno de ellos me

encañonó con una 45'" (fls.29,30 y 31/6).

Y en cuanto a la existencia de salvoconducto, precisó que tal aspecto no se acreditó en el expediente, y que los procesados en sus indagatorias ni siquiera mencionaron poseerlos (fls.31/6), lo cual se constata en las referidas diligencias, donde no solo hicieron dicha afirmación, sino que manifestaron no tener armas de las características de las utilizadas en la operación de rescate, (con excepción, desde luego, de la metralleta MP-5 No.8269).

Cuestión distinta es que el casacionista considere que los elementos de prueba a los cuales alude al ad quem, no son suficientes para arribar a las conclusiones que soportan la decisión de condena por este concreto ilícito, que es en el fondo lo que trasluce el contenido del cargo, pero una alegación de este orden solo sería posible de ser propuesta en sede extraordinaria por la vía del error de hecho por falso juicio de racionalidad, demostrando que el juzgador, al valorar la prueba, desconoció de manera manifiesta los principios de la ciencia, los postulados de la lógica, o las reglas de la experiencia, ataque que en manera alguna intenta.

No puede dejar de precisarse que en tratándose de excepciones a conductas prohibidas por la ley, como el otorgamiento de licencias para el porte de armas de fuego de cualquier naturaleza, compete al beneficiario del permiso o licencia tener que acreditar su existencia, pues en tales eventos se impone partir del supuesto de que la conducta no está permitida.

Por esto, las consideraciones del casacionista, en el sentido de que en el presente caso debe suponerse la existencia de permiso para el porte de todas las armas, porque el procesado Lopera Ramírez tenía muchas de este tipo amparadas con salvoconducto, resultan inaceptables, además de que sus afirmaciones no son literalmente ciertas, pues los permisos de las armas a las cuales alude corresponden a los años de 1986 a 1989 (los hechos investigados ocurrieron en marzo de 1993), y hasta donde se tiene

conocimiento, jamás fueron renovados (ver causa acumulada).

El cargo no prospera.

2.3. Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia. In dubio pro reo.

El fundamento fáctico de este cargo es sustancialmente idéntico al propuesto por la vía del error de hecho por suposición, que viene de ser analizado: Que en el proceso no existen pruebas que acrediten las características de las armas, ni pruebas que demuestren que carecían de salvoconducto.

En verdad, el actor no demuestra el error denunciado. Sus planteamientos se fundan en la afirmación de que los funcionarios judiciales incurrieron en inercia investigativa, con lo cual pareciera estar denunciando un vicio in procedendo por violación al principio de investigación integral, susceptible de ser planteado por la vía de la causal tercera; y, que existe duda probatoria en torno del elemento normativo “sin permiso de autoridad competente” que la norma exige para la tipificación de la conducta de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, pero sin entrar a desarrollar el cargo, ni precisar siquiera la clase de error cometido. Simplemente sostiene que es de existencia, y que en las anotadas condiciones se impone la absolución de los procesados.

Ahora bien, a juzgar por los términos de la censura, podría decirse que invoca uno de existencia por suposición, en cuanto parte del supuesto de haber el juzgador proferido decisión de condena por el referido delito sin haber sido demostrado que los procesados no tenían permiso de autoridad competente para el porte de armas, pero además de que no desarrolla el cargo, la propuesta de ataque vendría a ser idéntica a la anterior, y ya se dijo que los cuestionamientos que ella contiene carecen de fundamento, no solo porque no se demostró la existencia de los permisos respectivos a nombre de los

procesados, sino porque de sus propias versiones surge que no los tenían.

Estas breves consideraciones, y las expuestas por el Procurador Delegado en su concepto, que la sala comparte, resultan suficientes para desestimar la censura.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, 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 impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. CUMPLASE.

JORGE A. GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON

YESID RAMIREZ BASTIDAS

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA