

COMPETENCIA/ JURAMENTO

1.-Los factores subjetivos de competencia, obviamente empiezan a ser imperativos para el proceso penal y dan lugar a su exigibilidad, so pena de estructurar una nulidad, desde el instante mismo en que aparecen demostrados a cabalidad y no antes.

2.-La fórmula del juramento no es, ni puede ser sacramental. Lo importante es que el declarante sepa que tiene la obligación de decir la verdad y que si falta a ella, incurre en responsabilidades de naturaleza penal.

PROCESO :9872

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE E. CORDOBA POVEDA

Aprobado Acta No.65

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

V I S T O S

Por sentencia del 15 de marzo de 1.994, emanada del Juzgado Noveno Penal del Circuito de ésta ciudad se condenó a José Angel Aparicio Gómez a la pena principal de treinta y seis (36) meses y quince (15) días de prisión como responsable de los delitos de extorsión en grado de tentativa, falsedad en documento público agravada por el uso en concurso homogéneo y heterogéneo.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia del 20 de mayo de 1.994 del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente se declaró ajustada la demanda a las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó se casara el fallo recurrido, decretándose la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de apertura de investigación.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes,

H E C H O S

El día 21 de marzo de 1992 la señora María Nelly López Pineda denunció ante el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar de esta ciudad capital a José Angel Aparicio Gómez, personaje que se hacía pasar como el mayor Castillo Romero, quien le había manifestado la intención de querer conversar con ella, por cuanto su interés no era perjudicarla sino que deseaba llegar a un arreglo, en una investigación que se le había encomendado por el delito de narcotráfico.

La denunciante solicitó ayuda de la policía y se montó un operativo en el que participó una agente encubierta, la cual se hizo pasar como la persona extorsionada, lográndose así la captura del agente, quien era conductor de un mayor, incautándosele una carpeta con escritos que aludían a los antecedentes penales de la quejosa y documentos en los que se identificaba al capturado como oficial de la policía.

Igualmente se realizó un allanamiento a la casa de habitación del aprehendido en la que se encontraron veinte oficios en blanco con encabezamiento de la Sijin y con la firma del jefe, nueve tarjetas para reseña decadactilar, un carpeta con datos de Carlos Roberto

Franco Suco sobre narcotráfico, dos carnés de identificación a nombre del mayor José Miguel Angel Gómez, dos cédulas de ciudadanía con números diferentes pero a nombre de esta persona, dos revólveres, una escopeta, munición diversa, una máquina eléctrica, \$1305 dólares, tarjetas de propiedad de varios vehículos, placas para uso de vehículos oficiales y dos cheques por valores de tres millones y tres millones seiscientos mil pesos.

ACTUACION PROCESAL

La investigación la inició el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar, el que por auto del 21 de marzo ordenó vincular mediante indagatoria al aprehendido José Angel Aparicio Gómez. Igualmente por pronunciamiento de la misma fecha ordenó diligencia de allanamiento y registro a la casa de habitación del imputado, lugar donde se incautaron documentos que se utilizaban para la comisión de varios delitos.

Recibidos varios testimonios y practicada la diligencia de reconocimiento de personas, se escuchó en diligencia de indagatoria al capturado y se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor responsable de los delitos de extorsión, falsedad material en documento público, simulación de investidura y peculado de uso, pronunciamiento que lleva fecha 27 de marzo de 1992.

Interpuesto el recurso de reposición contra la anterior decisión por el defensor del procesado, el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar al desatar el recurso, resolvió no reponer y por competencia remitió el diligenciamiento a los Juzgados de Instrucción Criminal reparto en virtud de que advirtió que:

“Encontramos que APARICIO se apartó de las funciones propias del cargo para la realización de los comportamientos que se investigan que en ningún momento ese comportamiento se desarrolló con ocasión o por causa del servicio”.

El Juzgado 101 de Instrucción Criminal con auto del 5 de mayo de 1992 avocó conocimiento de la actuación y ordenó la practica de plurales pruebas.

Perfeccionada la investigación la Fiscalía 137, que ya conocía de la actuación, la cerró con proveído del 15 de julio de 1992 y el 23 de septiembre del mismo año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra José Angel Aparicio como autor de los delitos de extorsión, uso de documento público falso, simulación de investidura y cohecho por dar u ofrecer, pronunciamiento que fue confirmado en lo fundamental por la Unidad Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en decisión que lleva fecha del 13 de noviembre del mismo año.

Ejecutoriado el pliego acusatorio el expediente pasó al Juzgado 9o. Penal del Circuito de Bogotá, el que luego de dar cumplimiento a lo normado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y de responder de modo adverso la petición de nulidad que por incompetencia e irregularidades sustanciales formuló el defensor del procesado, celebró en debida forma la audiencia de juzgamiento y pronunció la sentencia de primera instancia el día 15 de marzo de 1994, en la que condenó al procesado a la pena principal de 36 meses y 15 días de prisión, como autor responsable de los delitos de extorsión en el grado de tentativa y de falsedad en documento público agravada por el uso en la modalidad de concurso homogéneo; igualmente se le condenó a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al desatar el recurso concluyó con la confirmación de la condena en decisión fechada el 20 de mayo de 1994 y que hoy es objeto de esta impugnación extraordinaria.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

PRIMER CARGO

El defensor del procesado al amparo de la causal tercera de casación plantea una nulidad por incompetencia de jurisdicción, en razón a que la apertura de la investigación la profirió un juez de instrucción penal militar, escuchó en indagatoria a José Angel Aparicio Gómez y le resolvió la situación jurídica.

Considera que se vulneró el debido proceso por ser la jurisdicción penal militar de una competencia especializada.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia de segunda instancia al amparo de la causal primera de casación por una presunta violación indirecta de una norma de derecho sustancial, por errónea apreciación del testimonio de la denunciante María Nelly López. Muestra su inconformidad en el hecho de que para poder entender perfeccionada la extorsión es preciso que el agente busque un determinado provecho ilícito como consecuencia del constreñimiento que ejerce. En relación con tal tema afirma:

“Ocurre, señores Magistrados de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que la señora María Nelly López ni en la denuncia de los folios 1 a 3 del cuaderno uno, ni en la ampliación de la misma (fs.143 y 144 C 1) manifestó que el individuo con quien habló por teléfono le hubiera dicho que pretendía una contraprestación de carácter económico por la ayuda que le pudiera prestar, pues en la segunda de tales intervenciones, en relación con el fin que buscaba quien dijo ser Mayor de la Policía, ella expuso en lo esencial lo siguiente: “...pero si usted me da una cita podemos arreglarlo y yo la puedo ayudar....” (folio 143 C. 1.)

Considera como violados los artículos 22, 26, y 355 del C. P., porque por la indebida interpretación de tal testimonio se concluyó en la tipificación del delito de extorsión.

TERCER CARGO

Formula un segundo cargo por violación indirecta de las normas sustanciales por error de derecho con relación al informe del 21 de marzo de 1.992, rendido por el Jefe Dispositivo de la dirección de la Policía Judicial e investigación, capitán Edgar Sánchez Morales.

Dice que en las instancias se le otorgó credibilidad a este documento pese a que carece del requisito de la certificación jurada a que se refiere el artículo 336 del C. de P. P, decreto 050 de 1.987, sin que tal deficiencia se hubiera subsanado por la diligencia de ratificación que rindió el mismo oficial porque no se le juramentó sino que prometió decir la verdad por su "honor policial".

De lo anterior concluye que el Tribunal:

"tomó en consideración esta prueba documental carente de validez legal , para decir que unida al testimonio de la denunciante señora María Nelly López, en cuya apreciación incurrió en error de hecho, como lo deje visto al sustentar el cargo primero de la causal primera de casación, lleva al conocimiento la certeza de que mi asistido señor José Angel Aparicio Gómez tuvo el propósito de obtener provecho ilícito, o lo que es lo mismo, el dolo específico que demanda el artículo 355 del C. P. para la tipificación del delito de extorsión".

Considera violadas las mismas normas mencionadas en el anterior cargo.

Por lo anteriormente expuesto solicita a la Corte casar la sentencia y anular el proceso a partir del auto de apertura de investigación.

Presenta una segunda petición en la que requiere casar el fallo impugnado y absolver al procesado por el delito de extorsión y que como consecuencia de la nueva tasación punitiva que se impone se le conceda el subrogado de la condena de ejecución condicional.

EL CRITERIO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Respecto al primer reproche considera que tanto la Constitución como el Código Penal Militar limitan el ámbito de aplicación de esa especial normatividad a los miembros de la fuerza pública que estando en servicio activo, cometan acto punible militar o relacionado con el servicio y ello lo lleva a concluir que la investigación de estos delitos ha debido hacerse por la justicia ordinaria.

Insiste en que

“En este orden de ideas, la incompetencia del Juez castrense es manifiesta, pues a pesar de que Aparicio Gómez era miembro de la Institución policial, cuando delinquiró no se encontraba en servicio activo, esto es, actuó como un particular. Así se deduce diáfananamente de la declaración del Mayor José J. Toro Díaz obrante a folio 70 del c.o cuando afirma: ”a partir del día jueves salió (el procesado) excusado de servicio con dos días de excusa médica que reposa en personal. El trabajó el miércoles y salió excusado de servicio por el jueves y viernes” por tal motivo no estaba amparado por el fuero militar y, en consecuencia, no podía ser investigado ni juzgado por la justicia militar”.

Refuerza su argumentación recordando el último inciso del artículo 213 de la C. P. al determinar que “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”, por manera que no es viable, so pretexto de interpretación, colegir que la justicia penal militar puede investigar a miembros de la fuerza pública que, como en este caso, no actuaron en su condición de tales por no encontrarse en servicio activo, es decir, cuando han obrado como civiles”

Estima que el vicio in procedendo no puede entenderse subsanado por el contenido del artículo 357 del C. de J. P. M., puesto que tal norma alude únicamente a la competencia exclusiva de los delitos de conocimiento de la justicia penal militar.

De la misma manera conceptúa que el fallo procedimental no puede convalidarse por lo estipulado en el artículo 553 de dicho estatuto, ya que allí se hace referencia es a diligencias realizadas durante la investigación preliminar.

Termina solicitando se decrete la nulidad.

Con relación a los demás cargos, emitió criterio así:

En cuanto al primero, formulado al amparo de la causal primera, por la existencia de un error de hecho al interpretarse el contenido del testimonio de la denunciante, estima que “resulta inadmisibles en sede de casación, como que tales directrices terminan dándole a la demanda un exclusivo visto de alegato propio de las instancias, puesto que pretendiendo el libelista anteponer a toda costa sus personales e individuales deducciones, deja entrever que todo su interés se centra en que los hechos sucedieron contradictoriamente a como los declaró probados el fallador, desconociendo con ello que la sentencia se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, y que al haber escogido como vía de ataque la del error de hecho, le es imperativo no oponer su criterio probatorio al del ad-quem, sino por el contrario demostrar el yerro de identidad que tan solo enuncia”.

Además conceptúa que el testimonio no fue tergiversado en su contenido, sino que por el contrario atendiendo a todo el acerbo probatorio y al análisis realizado bajo la óptica de la crítica racional, se llega a la inferencia que el procesado buscaba un provecho ilícito.

Referente al error de derecho propuesto, por haberse analizado y valorado un documento firmado por un oficial de la policía que no fue ratificado bajo la gravedad del juramento, sostiene que:

“.... lo alegado no corresponde a lo dispuesto en los artículos 403 y 404 del C. P. M.

Decreto 2550 de 1.988, preceptos según los cuales, la ratificación y ampliación del informe del capitán Sánchez Morales estuvo precedida por la fórmula de la promesa de juramento exigido a los Oficiales de la fuerza Pública, lo cual desvirtúa plenamente el falso juicio de legalidad que se esboza en la demanda, tornándose irrefutable el hecho de que la prueba en modo alguno se encuentra afectada por vicios en su aducción, a pesar de la no presencia de la certificación aludida, que se ve subsanada por dicha ratificación”.

Respecto al último reproche por error de hecho en la apreciación de ese mismo documento, estima que “ Así invocada la censura, sin que se identifique la modalidad del error fáctico alegado, en todo caso mal podría entenderse que incurrió el ad-quem en errónea apreciación del informe policivo, en lo que pareciera ser un eventual falso juicio de identidad no precisado y, referido a la expresión “....ese problema se puede arreglar con plata “, ya que dicha manifestación corresponde concretamente a lo señalado en la prueba (f 5 C. o Nro 1), sin que sea viable colegir que se le dió un alcance que no corresponde a su contenido fáctico, en tanto dicho medio de convicción, por manera fue desfigurado en su connotación objetiva”.

Solicita que sobre estos últimos cargos no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMER CARGO

Con fundamento en el principio de prioridad se hará en primer lugar el análisis de la nulidad planteada por incompetencia de jurisdicción porque siendo el procesado un agente de la policía, que no estaba en servicio activo al momento de la ocurrencia de los hechos delictivos no solo el conocimiento sino la investigación del asunto correspondería a la justicia ordinaria.

El cargo de nulidad se apoya en el artículo 213 de la [Constitución Política](#) en su último inciso, en cuanto establece que en ningún caso los civiles podrán ser investigados ni juzgados por las cortes castrenses.

En el evento que aquí se debate, es necesario tener presente que al procesado desde la denuncia se le imputaron hechos que había realizado valiéndose de su condición de Policía. Es tan veraz la afirmación que durante los días 19 y 20 de marzo no tenía asignada misión oficial alguna porque su jefe, a quien le servía como conductor, se hallaba excusado del servicio, y durante el día 21 de marzo el procesado debía estar disponible en la guarnición (fl.97); no obstante, en esa fecha fue capturado al norte de la ciudad realizando el comportamiento ilícito que se le imputó.

Igualmente, al folio 4 del cuaderno original del expediente obra el informe rendido por el Jefe del dispositivo policial que logró la captura de Aparicio Gómez, en donde se puede leer:

“Por medio de la presente me permito dejar a disposición de ese juzgado al señor APARICIO GOMEZ JOSE ANGEL, c.c. 3182678 de Suba, agente en servicio activo de la Policía Nacional, adscrito a la División Transportes, natural de Sativanorte (Boyacá), casado, 34 años.....” (resalta la Sala).

Dadas las circunstancias que se relataron en la denuncia y la comprobación de que efectivamente José Angel Aparicio era miembro de la Policía Nacional, era acertado que la investigación la iniciara y la prosiguiera la Justicia Penal Militar, porque esa era la evidencia procesal, la cual fue cambiando hasta lograr establecer que a pesar de que Aparicio Gómez era un Policía en servicio, los hechos ilícitos no tuvieron relación con él, pero sólo hasta que se logró dilucidar probatoriamente que no existía esa vinculación entre el ilícito y la prestación de la función policial, surgió claridad sobre la inexistencia del fuero legal.

Por tanto, únicamente a partir de ese instante se puede decir que surgió el factor de incompetencia que le quitó el conocimiento del asunto a la Justicia castrense. Mal podría exigirse que desde el comienzo la justicia ordinaria asumiera la investigación, cuando, en principio, los presupuestos procesales no daban la base legal para ello.

No se puede desconocer que la tesis planteada por el Ministerio Público sobre la imposibilidad de que los jueces castrenses investiguen o juzguen a un civil, se ajusta con la mayor exactitud al canon constitucional y a las preceptivas legales. Sin embargo, los factores subjetivos de competencia, obviamente empiezan a ser imperativos para el proceso penal y dan lugar a su exigibilidad, so pena de estructurar una nulidad, desde el instante mismo en que aparecen demostrados a cabalidad y no antes.

Así las cosas, el cargo de nulidad postulado tendría vocación de éxito, si de una parte, el procesado hubiera sido un ciudadano común y corriente; y de otra, si desde la iniciación de las diligencias el juez de instrucción militar hubiera contado con los elementos probatorios necesarios que le revelaran su incompetencia.

En las condiciones anteriores, y en discrepancia con el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no se decretará la nulidad de lo actuado.

SEGUNDO CARGO.

Discrepa la Sala del ataque formulado contra la sentencia de segunda instancia al amparo de la causal primera de casación, en cuanto se afirma que se cometió un yerro al analizar el testimonio de la denunciante y que de su contenido no se infiere que el procesado hubiera tratado de sacar un provecho ilícito y que al no existir tal pretensión ilícita el delito de extorsión no se pudo haber verificado.

Lo primero que es preciso observar es que el censor plantea un error de hecho que en manera alguna demuestra, ya que lo que desarrolla es un error de derecho por falso juicio

de convicción, que no es de recibo en un sistema que como el nuestro no se rige por la tarifa legal sino por la sana crítica o persuasión racional. Si la sentencia viene amparada por la presunción de acierto y legalidad, no se puede anteponer el criterio del censor a las valoraciones dadas por el juzgador, sino que las de éste prevalecen.

Por otra parte, si bien es cierto que de manera textual del testimonio de la denunciante no se infiere de modo directo que el procesado le hubiese pedido dinero, ello si aparece demostrado en el informe rendido por el capitán de la Policía Edgar Sánchez Morales, donde se afirma que el procesado le había manifestado a su víctima que ese problema se arreglaba con plata.

Y así no existiese esta expresa mención a una pretensión ilícita, es claro que la intención delictuosa surge con absoluta nitidez del comportamiento del propio procesado, porque qué otra cosa puede buscar un agente de la policía que se hace pasar como mayor de la institución y para demostrar la veracidad de sus afirmaciones aparece con documentos que lo acreditan como tal, que lleva un folder de una supuesta investigación por narcotráfico adelantada contra su futura víctima y que, además, le hace prevenciones por teléfono y que según la denunciante son del siguiente tenor:

“.....y que el quería ayudarme, que si yo le podía dar una cita para conversar conmigo y poderme arreglar el problema que sino lo hacía antes del lunes me iba a ir muy mal, y que me atuviera a las consecuencias, yo me quedé muy asustada y le respondí que no sabía nada de lo que El me estaba diciendo, que quién era el comandante General de la Dijín, él me dijo que esa información no me la podía dar,.....el me dijo que si yo era una persona seria que si no le había comunicado a mi familia ni a nadie lo que estaba pasando porque eso era muy delicado.....”

Qué puede estar buscando, entonces, una persona que atemoriza con noticias alarmantes

a una ciudadana y le ofrece ayuda en simulada calidad de funcionario público y, además, respalda sus afirmaciones con documentos falsificados?.

Son elementos probatorios que llevan al grado de conocimiento de certeza de que el procesado estaba intentando realizar una extorsión y que el beneficio perseguido era de carácter económico.

En tales circunstancias no encuentra la Sala que el sentenciador hubiese incurrido en un error en la apreciación de este testimonio y por tales razones el cargo será rechazado como así lo solicita el Procurador Segundo Delegado.

TERCER CARGO

Al amparo de la causal primera de casación plantea, también, la presunta existencia de un error de derecho por un falso juicio de legalidad en el que habrían incurrido los sentenciadores por dar valor a un informe rendido por el capitán Sánchez, sin que éste se hubiera ratificado bajo la gravedad del juramento, pues la ratificación que se hizo fue por ante su honor de policía.

Tampoco en este aspecto le asiste la razón al censor, como atinadamente lo sostiene el Procurador Delegado, habida cuenta de que como en ese momento el proceso estaba siendo adelantado por la Justicia Penal Militar, las formalidades en la práctica de las diligencias debían de cumplirse de conformidad con la previsiones del Código Penal Militar, el que en el art.404 indica cuáles son las fórmulas para el juramento, que para los oficiales es del siguiente tenor: “Promete usted, por su honor militar, decir la verdad, toda la verdad, y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir?”.

Lo anterior quiere decir que el oficial si fue juramentado; y lo fue de conformidad con las ritualidades del Código Penal Militar y, por tanto, el vicio de legalidad alegado es inexistente.

Y en relación con el punto debe enfatizarse que la fórmula del juramento no es, ni puede ser sacramental. Lo importante es que el declarante sepa que tiene la obligación de decir la verdad y que si falta a ella, incurre en responsabilidades de naturaleza penal.

En tales condiciones el cargo será rechazado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte, parcialmente en desacuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

R E S U E L V A

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JAIME RICO CARVAJAL

Conjuez

No firmo

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

