

Proceso N° 12077

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado Acta No. 183

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre del año dos mil (2.000).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora del ciudadano EVERT FRANCISCO CASTRO POVEDA.

HECHOS

Ocurrieron en Bogotá: el joven Luis Alberto Bernal Vargas fue retenido por agentes de la Policía Nacional en horas de la noche del 10 de marzo de 1995, por haber lesionado a Joaquín Sánchez Ramírez cuando se transportaban como pasajeros en un bus urbano de servicio público.

Esa misma noche fue conducido a las instalaciones de la Unidad Judicial del Barrio Restrepo, donde debía permanecer a órdenes de la Inspección 15 C de Policía hasta el lunes 13 de marzo, cuando se le resolviera la situación jurídica.

En la mañana del domingo 12 de marzo, el Cabo Segundo Evert Francisco Castro Poveda, quien se encontraba de Jefe de Turno de la Unidad Judicial, le dijo al detenido Bernal Vargas que si le entregaba la suma de \$200.000.00 lo dejaría en libertad al día siguiente después de que fuera escuchado en indagatoria y que, de lo contrario, sería llevado a la Cárcel Distrital.

Ese mismo domingo en horas de la tarde los familiares del retenido le entregaron al servidor público \$100.000.00, que lograron conseguir con el empeño de un televisor.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en las diligencias adelantadas por la Unidad de Control Interno de la Sijin, el Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar de Bogotá declaró abierta la investigación el 27 de marzo de 1995 y vinculó mediante indagatoria a EVERT FRANCISCO CASTRO POVEDA el 3 de mayo del mismo año. Al resolverle la situación jurídica, lo afectó con detención preventiva, por auto del 26 de julio de 1995 (Fl.128).

Cerrada la investigación (Fl.304), el 7 de noviembre de 1995 el Comando del Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá convocó a CASTRO POVEDA a Consejo de Guerra por el delito de concusión (Fl. 311).

El 3 de enero de 1996, el Comando de la Policía Metropolitana de la misma ciudad, en su condición de juez de 1ª. instancia, condenó a Evert Francisco Castro Poveda a las penas de 2 años de prisión, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas durante el mismo lapso y a la separación absoluta de la Policía Nacional (Fl. 347).

Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior Militar lo confirmó el 27 de febrero de 1996.

La sentencia de 2ª. instancia fue objeto de casación por parte de la defensa. La Corte se ocupa, entonces, de resolver el fondo del asunto.

## LA DEMANDA

Con fundamento en las causales primera -cuerpo segundo- y tercera, la proponente formuló dos cargos, que enunció así:

Primer cargo.

“Dentro de la investigación adelantada se incurrió en ERROR GRAVE, en la apreciación de la prueba testimonial como documental”. Expuso:

1) Los testimonios de cargo que en últimas sirvieron de base a los falladores de instancia provienen del núcleo familiar del ofendido, pues fueron rendidos por Bernardo Bernal Hernández, María Luisa Vargas, Diana Luisa Romero Rojas y Jaidy Rojas que son, en su orden, el padre, la madre, la esposa y la suegra del detenido Alberto Bernal. Esta circunstancia no mereció un análisis serio por parte de la justicia, que olvidó que “cuando el testimonio procede de familiares, el mismo debe ser sometido con mayor razón y más prevención que si se tratase de declaraciones rendidas por particulares sin que los una ningún lazo de familiaridad de sangre o civil”.

2) La falta de veracidad de los testimonios referidos se evidencia en las múltiples y graves contradicciones en que incurren los declarantes, y en su falta de seriedad y coherencia; es incierto lo afirmado por unos y lo sostenido por otros, lo que hace que al ser analizados en su conjunto, carezcan de todo mérito probatorio.

3) Los testimonios de los padres y la esposa del detenido se contradicen en relación con las horas en que se empeñó el televisor y se hizo entrega del dinero, así como respecto de las personas que asistieron a tales eventos. La supuesta recepción del

dinero no fue presenciada por ninguna persona, pues no es cierto que la señora María Luisa de Vargas acompañara a su esposo y lo hubiera esperado en una cafetería ubicada frente a la Estación de Policía, por cuanto en el sitio indicado se encuentra es un almacén de la cadena Colsubsidio. Además, el de Diana Lucía Romero es un testimonio de oídas, pues se limitó a repetir lo que le escuchó a su madre Jaidy Rojas.

4) De la versión de Alberto Bernal y las declaraciones de la sub- oficial Gloria Ortega, el Auxiliar Administrativo de la Inspección 15C, Luis Eduardo Rodríguez, y la teniente Liliana Ramírez, se puede inferir que si en algún momento se habló de dinero no era para entregárselo a su defendido, sino para dárselo a la persona herida, con la que se llegó a hablar de una posible conciliación. Estos testimonios, que corresponden a personas que no tienen ningún interés creado, refutan la acusación y le abren paso a la inocencia de su defendido.

5) El material probatorio recaudado no fue sometido a las reglas de la sana crítica. Si se hubiera hecho, habría surgido una duda de tal dimensión que conduciría a la imposibilidad de predicar la responsabilidad de su poderdante, en virtud del principio del in dubio pro reo.

6) El recibo de empeño incorporado al expediente no reúne los requisitos mínimos que son propios de ese tipo de documentos, como el registro de la transacción en el libro correspondiente y la estipulación del interés por cobrar, tanto en el documento como en el libro mencionado.

Segundo cargo.

“Cuando la sentencia se halla dictado en un juicio viciado de nulidad”. Dijo que:

1) Al señor Castro Poveda se le adelantaron en forma paralela dos investigaciones, una disciplinaria y otra de carácter penal y en ambas actuó la Dra. Eugenia Gutiérrez Giraldo, en su calidad de Auditora Auxiliar de Guerra adscrita al Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá. En la primera intervino como funcionaria instructora y emitió el respectivo concepto, mientras en la segunda asesoró al Juez de Primera Instancia y junto con él firmó la sentencia condenatoria.

2) La citada funcionaria no podía intervenir en los dos procesos, pues se encontraba en la causal de impedimento prevista en el artículo 103 del C. de P. P. y por consiguiente debía declararse impedida; al no hacerlo, se configuró una irregularidad sustancial que afectó las garantías de su defendido e incidió igualmente en el criterio para el juzgamiento. Por ello, espera que la Corte declare la nulidad planteada.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal consideró que los cargos formulados por la libelista debían ser desestimados y por ello solicitó no casar la sentencia impugnada. Expreso:

En relación con el primer cargo.

1) La censura que hace la casacionista a la apreciación de la prueba testimonial por quebrantamiento de las reglas de la sana crítica no pasa de constituir un reclamo de prevalencia para su personal manera de analizar los testimonios de los familiares del capturado, sobre la base de supuestos indemostrados.

2) No se advierte error alguno en la apreciación de la prueba testimonial: los yerros que se aducen en la demanda no han sido demostrados, como tampoco la

vulneración a las reglas de la sana crítica, pues no establece ninguna relación entre esos criterios generales y las particularidades de la prueba testimonial.

3) La crítica a la prueba documental está totalmente alejada de la realidad procesal, de las normas que rigen las pruebas y de las reglas técnicas del recurso de casación. Olvidó que el código de procedimiento penal autoriza al juez a declarar probado un elemento integrante del hecho punible o de la responsabilidad del procesado por cualquier medio de prueba, que el contrato de compraventa – aún con pacto de retroventa- es meramente consensual, y que no se puede pretender que algunas medidas de control policial sobre las compraventas sean tenidas en cuenta como requisitos de legalidad de la prueba.

4) Construye la pretendida demostración del error a partir de hipótesis no demostradas en el expediente y que responden a su personal posición.

En relación con el segundo cargo.

1) Es cierto que la Dra. Eugenia Gutiérrez Giraldo, Auditora Auxiliar de Guerra, actuó como funcionaria instructora dentro del expediente disciplinario que se tramitó en contra del procesado y también fue designada como Asesora Jurídica del Consejo de Guerra Verbal para el que aquel fuera convocado. No obstante, el reproche está formulado a partir de generalidades que no permiten su estudio de fondo, pues la censora no demostró la trascendencia que tal intervención tuvo en la imparcialidad de los funcionarios, ni se ocupó de determinar en qué forma la falta de declaración del impedimento generó una causal de ineficacia de específicos actos procesales.

2) El numeral 4 del artículo 103 del C. de P. P. limita la causal de impedimento a aquella opinión que se emite por fuera de las funciones propias del cargo; cuando

ella es consecuencia de labores oficiales - así se haya expresado en distintas clases de procesos- no se constituye en fundamento para la separación del servidor público del conocimiento o participación en otro asunto.

3) Los sujetos procesales convalidaron la supuesta actuación anómala que no trasciende a la vulneración del derecho de defensa, pues en su oportunidad no utilizaron los mecanismos legales (la recusación) para impedir la presunta parcialidad del funcionario.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia objeto del recurso de casación no puede ser casada, por los siguientes motivos:

En cuanto al segundo cargo: nulidad.

Se desestima, porque:

1) Tomando como punto de partida la demanda presentada, es importante recordar que cuando se acude a la causal 3a. de casación, le es imperativo al casacionista seguir unas reglas, que pueden ser resumidas así:

a) Concretar la clase de nulidad que invoca. b) Mostrar sus fundamentos. c) Especificar las normas que estima infringidas. d) Precisar de qué manera la irregularidad procesal denunciada ha repercutido definitivamente en la afectación del trámite surtido que ha culminado con la expedición de la sentencia impugnada. e) Determinar la o las irregularidades que indefectiblemente conducen a la invalidación del proceso, bien porque rompan la estructura del rito, bien porque vulneran garantías y derechos

fundamentales. f) Señalar desde qué momento procesal pide la declaración de nulidad, indicando los motivos por los cuales alude a tal punto. g) Si se refiere a varias irregularidades con capacidad anulatoria, seleccionar la más importante y ordenar las demás, teniendo en cuenta la mayor o menor cobertura de cada una de ellas, es decir, el alcance de las infracciones. Como cada hipótesis de nulidad tiene su propia trascendencia en el trámite procesal, lógicamente aquella con mayor capacidad de regresar el proceso al punto más lejano goza de prioridad frente a las demás. h) Si postula violación del debido proceso, le resulta imprescindible identificar con plena nitidez la irregularidad que sustancialmente lo ha alterado de manera rotunda. i) Si lo denunciado por el casacionista es la violación del derecho de defensa, en su escrito debe determinar la actuación concreta que lo ha vulnerado, la normatividad exactamente infringida y su específica incidencia en el fallo recurrido. j) Separar los reproches, cuando se acude a pluralidad de infracciones. Así, por ejemplo, si se afirma desconocimiento del derecho de defensa y del principio de la investigación integral, es menester realizar el planteamiento con autonomía en cada caso, con una nítida propuesta principal y otra a título subsidiario, pues las consecuencias que dimanar de la eventual existencia de una de ellas pueden afectar de manera diferente y desde distinta oportunidad el trámite del proceso (Cfr., por ejemplo, Casaciones del 10 de marzo de 1994, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel, y del 14 de septiembre de 1.999, M. P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar). Como corolario obvio, no es posible instaurar simultáneamente, de manera mezclada o fusionada, dos o más cargos dentro de uno mismo, por razones diversas.

2) La observación de la demanda presentada, permite afirmar lo siguiente:

a) La libelista hizo alusión a la presunta irregularidad sustancial “que afectó las garantías de su defendido e igualmente el criterio para el juzgamiento”, con el propósito de que la Corte declarara de oficio la nulidad, conforme lo dispone el artículo

228 del C. de P. P.

b) En la presentación y desarrollo del cargo no observó las reglas mínimas que regulan la causal invocada. Tal como lo señaló el Procurador Tercero Delegado, la censura está formulada a partir de generalidades que no permiten su estudio de fondo.

En efecto, no concretó la clase de nulidad que invoca, ni indicó sus fundamentos, tampoco especificó las normas que estimó infringidas, ni precisó de qué forma la irregularidad procesal denunciada había repercutido de modo definitivo en el trámite que concluye con la sentencia, a la vez que omitió señalar a partir de qué momento pedía la anulación, así como los motivos en que apoyaba tal solicitud.

3) Frente a los derechos y garantías de las partes, y en asuntos como en el que en estos momentos ocupan la atención de la Sala, uno de los principios generales que regulan el fenómeno de las nulidades es el conocido con el nombre de Convalidación o del Consentimiento. De acuerdo con él, cuando el sujeto procesal hipotéticamente afectado por una eventual irregularidad no hace nada, se conforma y no refuta o se opone al comportamiento que luego se estima conculcante, se entiende que con su silencio da por subsanada la alteración, de donde surge que carece de interés o, simplemente, que renuncia a todo debate o controversia sobre el punto, razón por la cual, más adelante, no puede plantear como motivo anulatorio aquello que ha admitido con su mutismo o reticencia pretérita, salvo que, se reitera, sean vulneradas las garantías y derechos, concretamente el de defensa.

Fue justamente lo ocurrido en este asunto. La acción disciplinaria fue iniciada desde el 12 de marzo de 1995, inclusive antes de que fuera formalmente comenzada la instrucción penal, que lo fue el 27 de marzo de 1995. La doctora EUGENIA GUTIERREZ GIRALDO fue designada investigadora el 22 de marzo del mismo año, comenzó a actuar enjundiosamente y profirió su concepto el 5 de junio de 1995, como se observa en los

folios 174 y s.s. del expediente.

Durante todo ese tiempo, entonces, si el procesado o su defensa en el asunto penal consideraban que había irregularidades que conducían a una causal de impedimento, han debido recusar a la funcionaria. Sin embargo, callaron y, además, para nada se refirieron al tema en desarrollo del proceso, en cumplimiento del Consejo Verbal, ni en la apelación de la sentencia de primera instancia. Fácil es concluir, entonces, que la parte defensiva no encontró reprochable la actitud de la doctora GUTIERREZ GIRALDO y que si percibió su doble actividad la entendió conforme con el derecho.

Agréguese a lo anterior que el 29 de diciembre de 1995 llegó al expediente copia de la sentencia disciplinaria de 2ª. instancia, que el defensor apeló y sustentó la condena penal de 1ª. instancia el 11 de enero de 1996 y que nada objetó sobre la supuesta irregularidad que ahora es expresada en casación.

Siendo así, se impone la preferencia del principio mencionado.

4) Por último, dígase que la doctora GUTIÉRREZ GIRALDO, comisionada para investigar lo disciplinario y emisora de un concepto, no actuó como Juez ni de primera ni de segunda instancia. Se limitó, con las palabras de la propia señora casacionista, a “proyectar”.

No se observa, en síntesis, ninguna irregularidad sustancial y, por ende, no prospera el cargo.

Primer cargo: Violación indirecta.

Tampoco prospera, porque:

1) Dijo la casacionista que imputaba a la sentencia violación de una norma de

derecho sustancial como consecuencia de error en la apreciación de las pruebas. En desarrollo del cargo, se refirió a los testimonios y a un documento.

2) En ninguna parte expresó cuál era o cuáles eran las normas sustantivas infringidas, ni lo dio a entender.

3) Al no hacer lo anterior, se le dificultaba otro requisito: establecer con nitidez y precisión la forma de la vulneración, es decir, si se trataba de falta de aplicación o de aplicación indebida de la disposición sustancial.

4) Tampoco dijo a cuál o cuáles clases y especies de error apuntaba la censura: si a error de hecho por falso juicio de existencia, de identidad o por falso raciocinio; o a error de derecho, por falso juicio de legalidad o de convicción. Aparte de no enunciarlas, tampoco las insinuó como para que de pronto la Corte pudiera desentrañar su pensamiento.

5) A las anteriores falencias se suma otra: a la demandante le era imposible, tal como confeccionó su escrito, demostrar el nexo vinculante entre las fallas probatorias y la ruptura de la sustantividad.

6) Aludió a la sana crítica. Mas no dijo a la Sala cuáles eran las reglas de la experiencia, los principios lógicos o las leyes científicas indebidamente utilizadas por los juzgadores. Y como no lo hizo, tampoco podía cumplir otro requisito: proponer a la Corte, con seriedad, las reglas, principios o leyes que han debido ser atendidos por el juez frente al asunto concreto.

7) Limitó su trabajo a mostrar sus ideas sobre la prueba testimonial y documental, tarea que se comprueba con solo mirar la presentación de la mayor parte del libelo: cita varios nombres de testigos -Bernardo Bernal Hernández, María Luisa Vargas y Diana Luisa Romeros, en su orden padre, madre y esposa del detenido LUIS

ALBERTO BERNAL VARGAS-, uno por uno, entre comillas informa sobre algunas de sus palabras y con punto aparte emite su opinión sobre el texto. Ello, hasta plausible en las instancias, no es propio de la casación pues en esta sede la actora tiene el deber de demostrar la existencia de errores protuberantes, patentes, fácilmente perceptibles, labor que no cumplió.

8) Y en medio de lo anterior, acudió al principio de duda, pero no explicó por qué se debía llegar a ella, y no lo podía explicar porque sólo se arriba allí luego de probar errores de la sentencia. Y no basta con decir, como asevera la demandante, que existen errores graves y que por tanto se impone la incertidumbre en pro del condenado.

9) Si se quisiera proseguir no obstante los desaciertos de la demanda, se podría afirmar que no es cierto que los falladores de instancia hubieran ignorado los vínculos familiares existentes entre los testigos y la persona detenida. Sobre el punto, expuso el Tribunal:

“ ...no pueden tenerse esas aseveraciones como resultado de una acción coordinada e interesada en procura de ocasionar perjuicio al suboficial CASTRO POVEDA; no se advierte la razón para ello; por el contrario se ve que los integrantes de la familia Bernal creyeron en la posibilidad de que mediante el pago de la suma señalada por dicho suboficial obtendría su libertad LUIS ALBERTO y no sería remitido a la cárcel distrital; por ello y con ese único fin empeñaron un televisor obtenido a crédito..., confiadamente entregaron la suma de cien mil pesos y esperaron la libertad del familiar retenido hasta el día siguiente; fue la preocupación de JADIVE ROJAS y DIANA LUCIA ROMERO ROJAS, que surgiera a raíz de que en la mañana del 13 de marzo de 1995 no se había producido la liberación de LUIS ALBERTO, la que llevó a aquellas a exponer la situación ante el Capitán HENRY ARTURO RUIZ;... El dueño de la compraventa da cuenta de la forma como se

efectuó la negociación y los fines del dinero que suministrara; se le habló de que quienes empeñaban el televisor debían resolver el problema de un hijo; se establece que el aparato existía y había sido obtenido a crédito. La queja se formuló el mismo día 13 de marzo y las averiguaciones se iniciaron inmediatamente, sin dar margen a una preconstitución o presentación acomodaticia de pruebas, encaminada a perjudicar a determinada persona” (Fl. 407).

Como las numerosas falencias de la demanda impiden a la Sala descender al fondo de la cuestión, el cargo es desestimado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria