

Proceso N° 13435

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Nilson E. Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N° 036

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de dos mil (2000).

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en favor del procesado GILDARDO ARIAS VALENCIA, contra la sentencia del Tribunal Nacional que aumentó la condena impuesta por rebelión.

HECHOS

El 3 de diciembre de 1993, una analista de la Brigada Veinte del Ejército Nacional remitió a un Fiscal Regional un informe y algunos documentos indicativos de que GILDARDO ARIAS VALENCIA, apodado Eduardo Ramírez, era miembro del secretariado y del comité central del grupo rebelde disidente Ejército Popular de Liberación (E P L).

El acusado fue capturado el 7 de junio de 1994, en las calles de Ibagué y ante militares de la Sexta Brigada del Ejército Nacional se identificó con la cédula de ciudadanía 53'105.241 de Medellín, licencia de conducción y un carné que lo acreditaba como miembro de una asociación de institutores, documentos que aparecen a

nombre de Carlos Enrique Guzmán. En la misma fecha, fue allanada la casa del sindicado, ubicada en el conjunto residencial Villa Margarita de esa ciudad, en donde fue hallada una granada, en una caneca que estaba en un balcón.

ANTECEDENTES PROCESALES

Una Fiscalía Regional de Bogotá inició la instrucción, oyó en indagatoria a MARTA LUCIA VÁSQUEZ GIL y GILDARDO ARIAS VALENCIA y el 14 de junio de 1994 ordenó su detención preventiva. Cerrada la instrucción, el 11 de febrero de 1995 a aquélla le fue precluida la investigación y al segundo se le profirió resolución de acusación por rebelión y falsedad personal (fs. 176 y Ss. cd. 2). Providencia que, apelada por el defensor, adquirió firmeza el 14 de marzo de 1995, cuando el recurso fue declarado desierto al no haber sido sustentado.

Correspondió a un Juzgado Regional de Bogotá adelantar el juicio y el 9 de mayo de 1996 condenó al procesado a 66 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de cien salarios mínimos legales mensuales. Fallo apelado por el defensor y el 2 de octubre siguiente, el Tribunal Nacional declaró la nulidad parcial a partir de la resolución acusatoria en lo relacionado con la falsedad imputada y condenó al sindicado a 8 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y quince millones setecientos noventa y dos mil pesos de multa, mediante sentencia que ahora es objeto del recurso de casación.

DEMANDA

Al amparo de las causales tercera y primera de casación son formulados los reproches al fallo impugnado:

CARGO PRIMERO: El recurrente considera como irregularidad constitutiva de nulidad que los alegatos precalificatorios no hubieran sido allegados al expediente y, por ello, no

fueron tenidos en cuenta en la resolución que calificó el sumario, con lo cual se vulneró el derecho de defensa, por no ser controvertidos por el Fiscal y le trajo dificultades al no poder sustentar la apelación de la resolución de acusación.

También dice que se presentó nulidad al haber el Juez denegado la realización de varias pruebas, pues no recibió los testimonios el Fiscal 20 Seccional de Ibagué, el Director Seccional del DAS del Tolima y el Agente del Ministerio Público ante esa Fiscalía, cuyas declaraciones fueron solicitadas en la etapa del juicio y se pretendía demostrar la inexistencia jurídica de los medios de convicción recogidos en el allanamiento, además que su negación le impidió controvertir otras pruebas y así se atentó contra el derecho de defensa.

Expresa que se violaron los artículos 29 de la Carta, 1º, 251 y 442 del Código de Procedimiento Penal y solicita que se decrete nulidad a partir de la resolución de acusación.

CARGO SEGUNDO: El impugnante alega violación indirecta de la ley sustancial al incurrirse en error de derecho por falso juicio de legalidad, al conferirse valor a las pruebas recogidas en el allanamiento, las cuales son inexistentes por haber sido allegadas irregularmente al proceso.

Manifiesta que había una orden de allanamiento de la residencia del sindicado, pero tenía por objeto aprehender al requerido en captura, quien ya había sido retenido cuando se llevó a cabo la diligencia. Como no se efectuó una nueva orden de allanamiento, en donde se expresaran las nuevas razones del mismo, la diligencia quedó cubierta de una falsa motivación, además de no haberse contado con la presencia del fiscal ni del representante del Ministerio Público, con lo cual se afectaron las pruebas allí recaudadas y, por lo tanto, el hallazgo de la granada.

Señala como violados los artículos 29 de la Carta y 246 del Código de Procedimiento Penal y

esa transgresión incide en el fallo, porque al no tener validez lo de la granada, la sentencia hubiera sido absolutoria o no servía de prueba de la rebelión, lo que fortalecería una absolución.

CARGO TERCERO: El censor aduce falso juicio de identidad, consistente en que el juzgador tergiversó el dictamen del perito en fotografía, al hacerle decir que GILDARDO ARIAS VALENCIA era Eduardo Ramírez, cuando el experto señaló que no podía afirmarlo con base en las fotografías allegadas y las tomadas durante el proceso; error que llevó a la aplicación indebida del artículo 125 del Código Penal que tipifica la rebelión.

Sostiene que los documentos aportados por los miembros de inteligencia militar tienden a demostrar que Eduardo Ramírez pertenecía al EPL y al consejo editorial de medios de difusión del grupo subversivo, pero no señalan que GILDARDO ARIAS sea uno de sus militantes. El error del juzgador estriba en haber considerado con las meras afirmaciones del informe de inteligencia que esas dos personas son una sola.

Por lo anterior, solicita casar el fallo y absolver al sindicado.

CARGO CUARTO: El demandante imputa falso juicio de identidad en la apreciación de antecedentes judiciales, documentos, libros y casetes incautados en el allanamiento, lo cual llevó a la aplicación indebida del artículo 125 del Código Penal.

Dice que no puede considerarse como hecho indicador que la justicia penal militar hubiera juzgado anteriormente a su poderdante, por concierto para delinquir, en un proceso que fue anulado. Al tenerse como tal para deducir que ha cometido el delito de rebelión, se le dio a la prueba un sentido que no tiene.

Señala que poseer documentos y libros de izquierda, no es un hecho indicador de la militancia de organizaciones subversivas, especialmente si se tiene en cuenta que se allanó la biblioteca de un sociólogo y todos los libros y revistas son de libre comercio. Al

haberse considerado lo contrario por el juzgador, se incurrió en un falso juicio de identidad.

Por lo anterior, solicita casar el fallo y absolver a su representado.

CARGO QUINTO: El recurrente expresa que se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación del ordinal cuarto del artículo 40 del Código Penal.

Dice que el sindicato portaba y se identificaba con documentos de procedencia ilegal, pero no se da el factor subjetivo al haber obrado con el convencimiento de que fueron expedidos legalmente. Tampoco puede concursar la falsedad con la rebelión, porque en aquél delito incurren los rebeldes para facilitar su labor insurgente. Esa falta de voluntad hacía imperativo que el Tribunal Nacional aplicara la citada norma.

CARGO SEXTO: El impugnante estima que se interpretó erróneamente el artículo 125 del Código Penal, porque el fallador debió subsumir la falsedad en la rebelión.

Este es un delito complejo por su naturaleza pluriofensiva y las conductas que le sirven de medio, no pueden sancionarse como hechos punibles autónomos y deben subsumirse en la rebelión. Al desconocerse su complejidad, el Tribunal incurrió en interpretación errada de la norma en mención, violación del principio non bis in idem al ser sancionado dos veces el mismo hecho y vulneración del principio de legalidad al sancionarse una conducta en “principio no punible”. Agrega que fueron desconocidos los artículos 1° del Código Penal, 1° del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución.

Solicita casar la sentencia impugnada y se reconozca que la rebelión es un delito complejo que subsume la falsedad.

CARGO SEPTIMO: El censor alega violación directa de la ley sustancial, por aplicación

indebida de los artículos 220 y 222 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 227. Dice que resulta absurdo pretender agravar la falsedad en documento público por su uso, pues la agravante no se refiere al artículo 220 sino al 222.

Anota que el Tribunal se equivocó al ubicar la conducta como falsedad en documento público, ya que la cédula de ciudadanía falsa no es un documento público al no haber sido otorgada por funcionario público y no se cometió falsedad material en los otros dos documentos apócrifos, al no ser su contenido alterado, modificado ni suprimido.

Pretende que la sentencia de casación determine que el delito por el que hay que retomar la etapa instructiva es la falsedad personal.

CARGO OCTAVO: El demandante estima que el fallador de segunda instancia violó directamente la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 31 de la Carta y 37 del Código de Procedimiento Penal, pues al decidir la apelación agravó la pena al recurrente único. También desconoció el artículo 17 del último estatuto procesal, que es un principio rector de aplicación preferente.

Expresa que el juzgador interpretó erróneamente el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal y dejó de aplicar el artículo 217 ibídem, que le impedía agravar la pena impuesta y la consulta procede en las sentencias no anticipadas de los jueces regionales, cuando no se haya interpuesto recurso alguno. En caso de ambigüedad de los dos preceptos, debe aplicarse el principio de favorabilidad.

Solicita se case el fallo y dejar la pena impuesta en primera instancia.

CARGO NOVENO: El defensor manifiesta que hubo violación indirecta de la ley sustancial que conduce a la necesidad de aplicar el in dubio pro reo. La errónea apreciación de las pruebas llevó a la vulneración indirecta de los artículos 445 y 247 del Código de Procedimiento Penal, que de haber sido apreciadas correctamente se hubiera reconocido la

duda y dictado sentencia absolutoria, no solo por carencia de medios de convicción, sino por el beneficio de la duda, lo cual debe hacer la Corte después de casar el fallo.

CARGO DECIMO: El demandante dice que se presenta violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de normas constitucionales y universales que garantizan derechos fundamentales, además de no haberse acatado una decisión de un órgano de Naciones Unidas. Como preceptos vulnerados señala los artículos 3° del Código de Procedimiento Penal, 93 de la Constitución, 9,10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Solicita que se examine el reproche de conformidad con el artículo 218 del estatuto procesal penal, bajo la procedencia excepcional, con el fin de obtener el desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales.

Transcribe una decisión del Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas en el caso de GILDARO ARIAS VALENCIA que declara arbitraria su detención y, con base en ella, el defensor sostiene que le fueron violados los derechos humanos y la Corte debe tomar las medidas que sean del caso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

CARGO PRIMERO: El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que no se satisfacen las exigencias constitucionales sobre el derecho de defensa, si el defensor alega y el servidor público le ignora o responde genéricamente, sin adentrarse en el análisis. El fiscal debe hacer alusión explícita a las alegaciones, cuando ella se dirija a los temas que van a ser resueltos mediante una providencia interlocutoria.

Dice que tal omisión mengua el derecho de defensa y genera una nulidad insubsanable, porque el vicio se consolidó como un acto procesal ineficaz por contrariar los

mandatos constitucionales.

Anota que el Fiscal no citó los argumentos del defensor de GILDARDO ARIAS VALENCIA, no hizo una confrontación de las pruebas aludidas por el abogado, no desestimó sus alegatos y su escrito no fue considerado. El apoderado planteó cuatro temas: El haber sido su representado enjuiciado por la justicia militar mucho antes de este otro proceso, la posesión de literatura de izquierda, el hallazgo de la granada y los informes de inteligencia militar. Con base en ello, solicitó la preclusión de la investigación. Pero el instructor pasó por alto su escrito.

Por lo anterior, considera que se generó una nulidad al quebrantarse el derecho de defensa técnica, que debe ser declarada por la Corte, para que el expediente regrese a la etapa de instrucción y se califique de nuevo el sumario con respeto de las garantías judiciales.

De otra parte, sostiene que el juez regional “examinó las pruebas pedidas por el defensor y al advertir que ellas no conducían a probar nada de interés para el juicio, las rechazó”, ya que no estaban destinadas a desvirtuar la responsabilidad del procesado, por lo cual este otro aspecto del reproche no merece prosperar.

CARGO SEGUNDO: El Ministerio Público considera que la no concurrencia del fiscal a la diligencia de allanamiento, cuando ello era posible y no se trataba de flagrancia, constituye una causal de ilegalidad de la prueba que la hace nula de pleno derecho porque contraría los dictados constitucionales del debido proceso y constituye un atentado contra la ‘inmaculación’ de la prueba.

Además, dice que las órdenes de allanamiento no pueden efectuarse por fuera de las condiciones sentadas por el servidor público que las ha expedido y la policía judicial extralimitó sus funciones, pues realizaron la diligencia cuando tres horas antes ya había sido capturado el sindicado y desaparecido el motivo que originó su

autorización.

Señala que se incautaron libros de Lenin, Marx, Engels y de otros autores, panfletos y una granada, cuyo hallazgo fue cuestionado por la moradora de la casa Marta Lucía Vásquez Gil. Algunos de esos elementos no tienen relación con la rebelión y junto con la falta de objeto de la realización de la diligencia demuestran su arbitrariedad, lo cual amerita que se expidan copias para que se investigue la posible comisión de un delito contra la administración pública.

Anota que a pesar de la ilegalidad de la diligencia el censor no indicó su influencia en la decisión, por lo cual el cargo no debe prosperar.

CARGO TERCERO: El Procurador Delegado dice que el Tribunal estudió el contenido de los informes de inteligencia, ratificados bajo juramento, la utilización habitual de un alias por parte de los subversivos y del análisis de la indagatoria estableció identidad entre Eduardo Ramírez, Carlos Enrique Guzmán y Gildardo Arias Valencia; comparó las fotografías que aparecen en los documentos apócrifos, las tomadas después de la aprehensión y las presentadas por las autoridades de inteligencia y encontró igualdades en todas ellas, que le permitieron afirmar que era la misma persona pero con diferentes nombres. En consecuencia, conceptúa que la censura no está llamada a prosperar.

CARGO CUARTO: El Ministerio Público señala que el proceso adelantado por la justicia penal militar contra el sindicato, no fue tomado por el Tribunal como hecho indicador de la rebelión, sino para señalar que resultan creíbles los documentos aportados. El inculpinado reconoce que existió ese procedimiento y no fue distorsionado el contenido de esta prueba.

Indica que poca trascendencia tuvo para el Tribunal Nacional el contenido de los libros y casetes incautados al no ser éstas las pruebas sobre las que se apuntaló la decisión, sino

que reforzó la conclusión a la cual había llegado el fallador a través de otros medios de convicción, como lo manifestado en la indagatoria y lo que permitió establecer el cambio de identidad y su análisis conjunto llevó a deducir su responsabilidad en calidad de rebelde e ideólogo del EPL.

CARGOS QUINTO Y SEPTIMO: El Procurador Delegado estima que lo referente a las falsedades no puede ser tachado en casación porque no fue dictada sentencia, sino que se decretó una nulidad parcial a partir de la resolución de acusación y, por lo tanto, está exento de emitir concepto.

CARGO SEXTO: Considera que el censor no puede alegar “violación del principio de doble juzgamiento. Porque en la sentencia no se decidió sobre la falsedad en documentos” y es ante el juez que conoce del delito contra la fe pública ante quien debe plantear el tema, pues allí se concretaría la aducida infracción al non bis in idem. En consecuencia, el reproche debe ser desestimado.

CARGO OCTAVO: El agente del Ministerio Público conceptúa que tiene razón el impugnante, porque a pesar de ser el sindicado apelante único, el Tribunal Nacional le aumentó la pena por rebelión, con lo cual se violó el principio de la no reformatio in pejus.

Anota que en el nuevo esquema político y legal colombiano, el individuo, sus derechos y garantías prevalecen por encima de los intereses del mismo Estado y aquel postulado no admite excepción alguna y en el evento de presentarse irregularidad en la pena impuesta es al Fiscal y al Ministerio Público a quienes corresponde interponer los recursos establecidos para que se corrija el defecto; pero si no lo hacen no puede afectarse la garantía. Además la interposición de la apelación inhibe la consulta. Por lo tanto, la censura debe prosperar.

CARGO NOVENO: El Procurador Delegado dice que la aplicación del artículo 445 del Código

de Procedimiento Penal que propone el impugnante es consecuencia de un eventual reconocimiento de la indebida apreciación de las pruebas y no constituye un cargo autónomo contra la sentencia, sino complemento de los otros reproches. Como esas censuras no presentan vocación de prosperidad, tampoco la tiene ésta.

CARGO DECIMO: Indica que la casación discrecional que parece el sindicato invocar, no es una excepción a las causales de casación ni autoriza proceder de oficio ante la manifiesta infracción de las garantías judiciales. La excepción se refiere al recurso extraordinario, o sea, la Corte puede asumir el conocimiento en aquellos eventos en los cuales no se den los requisitos de procedibilidad.

Señala que la decisión 32/1996 tomada por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas, contó con elementos de juicio diferentes a los evaluados por los servidores públicos que han intervenido en el trámite de este asunto.

Anota que los términos de instrucción se excedieron, pero esa circunstancia fue respondida por las autoridades judiciales de conformidad con el derecho interno y de ahí que se hubiera reconocido la libertad provisional, bajo caución. El valor de la fianza no excedió el límite legal y faltaba la diligencia de compromiso para poderse hacer efectiva la excarcelación. Además si el procedimiento se ajustó a la legislación vigente, entonces, no hubo detención arbitraria y el cargo no está llamado a prosperar.

Finaliza el concepto del Ministerio Público solicitando casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad a partir de la resolución de acusación. Subsidiariamente pide casar el fallo de segundo grado y confirmar la tasación punitiva efectuada por el ad quo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

CARGO PRIMERO: El censor aduce que se violó el derecho de defensa, porque su alegato precalificatorio no fue respondido por el Fiscal Regional, quien no lo tuvo en cuenta al no

haber sido incorporado el expediente.

Debe aclararse al recurrente que el viernes 10 de febrero de 1995, día en que vencía el traslado para alegar, fue presentado el escrito respectivo por el defensor; al día siguiente fue proferida la resolución de acusación y sólo el martes 14 de ese mes fue legajado, razón que hace posible que no fuera visto oportunamente por el funcionario judicial.

Es cierto que las alegaciones de las partes son importantes y contribuyen en la formación del criterio jurídico del instructor o el juzgador, pero en materia procesal penal la función del fallador no es la de escoger una de las tesis formuladas por aquéllas, sino decidir de conformidad con la prueba recaudada. Así también acontece en la fase calificatoria del sumario y se torna más notorio cuando ninguno de los sujetos procesales presenta alegatos, pero de todas maneras habría de anularse o proferirse resolución acusatoria o preclusión de la investigación.

No se entabla controversia si las alegaciones de las partes no son respondidas por el servidor público a quien van dirigidas y ello constituye una mengua al derecho de defensa en su manifestación de derecho de controvertir o de contradicción. Se trata de una limitante no trascendente que no lo aniquila, sino que lo deja subsistente y que permite al propio defensor ejercer las facultades que le son inherentes, como la interposición de los recursos ordinarios tendientes a que se supere la omisión.

Así lo entendió el apoderado judicial del sindicado al apelar la resolución de acusación, es decir, ante la providencia que consideraba deficiente y que le causaba agravio a su representado ejerció el derecho de impugnación; sin embargo, no lo sustentó, con lo cual se infiere que no estaba interesado en conocer expresamente una respuesta detallada a sus alegatos y dentro de su táctica defensiva estaba a su arbitrio renunciar a ello, pero con las repercusiones que su actitud generó, como poner de manifiesto el escaso

efecto negativo de la conducta efectuada por la Fiscalía.

Aunque la legislación le ha dado autonomía al derecho de defensa, no puede negarse su estrecha relación con el debido proceso y son garantías que deben estar presentes en el transcurso de la indagación preliminar, el sumario y el juicio. Hay veces que una irregularidad viola los dos aspectos y en otras, uno solo de ellos. No debe perderse de vista la disposición incluida en el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, al establecer en su ordinal cuarto que la exposición de las razones por las cuales se comparte o no los alegatos de los sujetos procesales, es uno de los requisitos formales de la resolución de acusación. Esto no quiere decir que la forma no sea importante, obsérvese que dentro de esas exigencias aparece la evaluación de las pruebas y la calificación jurídica provisional, pero hay requisitos que no son esenciales y su incumplimiento no impide que la providencia continúe siendo lo que es, para el caso un pliego de cargos, con toda la fuerza vinculante que le es propia.

Al no ser ello de la esencia de la resolución de acusación, las partes pueden no alegar y, así, se va a arribar a la decisión que corresponda, sin alegaciones que contestar. De otra parte, la eventual mengua del derecho de defensa no ha de ser superada con la anulación de la providencia, cuando puede acudir a la interposición de los recursos respectivos. No impugnar, además de subsanar la hipotética omisión, pone en evidencia que la determinación no es contraria a la expectativa que se tenía, así las argumentaciones no hubiesen sido motivo expreso de controversia, acuerdo o discrepancia. No debe olvidarse que la nulidad es el último mecanismo al que se acude para superar un quebrantamiento o restablecer una garantía, siempre y cuando no medie alternativa procesal válida, y en el caso examinado se contó con los medios de impugnación ordinarios.

Desde otro lado, se observa que el defensor presentó los temas de alegación como “haber sido enjuiciado por la justicia penal militar”, “la posesión de literatura de izquierda”, “el

hallazgo de la granada” y “los informes de inteligencia militar”, mientras que el sindicato hizo referencia a los informes de inteligencia, la incautación de la granada, el consejo verbal de guerra anulado y la aprehensión de libros, revistas y casetes.

No puede afirmarse, en consecuencia, que se omitió la consideración de los enfoques defensivos del abogado, pues se observa que los cuatro aspectos que componían su alegación se asimilan con los temas a que se refirió el sindicato, claro está que no en el mismo orden y tanto el censor como la Procuraduría Delegada aceptan que los argumentos expuestos por el procesado sí fueron contestados en la resolución de acusación, o sea que coincidentalmente se dio respuesta a lo planteado por el profesional; así, no hay razón para anular y repetir lo que se pedía abordar por la defensa y fue, efectivamente, abordado.

No puede exigirse el examen de todas las alegaciones, sino sólo de aquéllas que sean atinentes, necesarias y suficientes para resolver la cuestión; basta hacer referencia a las argumentaciones que sean trascendentes para decidir, sin caer en minucias o hacer reiteración de aspectos superfluos.

Las alegaciones no tienen una entidad propia sino que son el fundamento de una pretensión o petición y, en el caso concreto, consistió en aspirar, tanto el sumariado como el defensor, a que se proferiera preclusión de la investigación, que se despachó desfavorablemente, al proferirse resolución de acusación. O sea, el apoderado deseaba que se consideraran los temas que plateaba y así ocurrió; se decidió negativamente la solicitud con la que finalizaban los alegatos, resultando ahora irrelevante que no se efectuara mención expresa de ella.

De otra parte, el impugnante hace relación a unas pruebas solicitadas en la etapa del juicio, que fueron denegadas, por lo que estima que se vulneró el derecho de defensa.

No fueron decretadas las declaraciones del Fiscal Veinte Seccional de Ibagué, el

Representante del Ministerio Público ante ese despacho y el Director Regional del DAS del Tolima, solicitadas con la finalidad de demostrar la ilegalidad del allanamiento debido a la ausencia de estos funcionarios, además de posibles irregularidades en el desarrollo de la diligencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 250, 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, el juez sólo ordena la realización de aquellas pruebas que sean conducentes y pertinentes, rechazando las que no lo sean y las manifiestamente superfluas. De tal manera, hacer uso de las facultades otorgadas por la ley para denegar tales pruebas superfluas, inconducentes o impertinentes, no viola el derecho de defensa ni genera nulidad.

Es claro que resultaba innecesario que declararan sobre su no presencia en la diligencia, pues esto ya estaba demostrado por otros medios, como el acta respectiva, que no firman ni aparecen interviniendo en el acto.

Además, el juez o fiscal que ha dirigido una diligencia no puede convertirse dentro del mismo proceso en testigo de lo que percibió, para que lo declare, porque se desnaturaliza la función que le otorga la ley de ser director del asunto, sin perjuicio de que pueda expedir certificación sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones, de los cuales no haya constancia escrita, según el artículo 116 del Código de Procedimiento Civil.

El reproche no está llamado a prosperar, en ninguno de sus aspectos.

CARGO SEGUNDO: El impugnante considera que el allanamiento y las pruebas recolectadas durante su realización son inexistentes, porque hubo una falsa motivación en la orden del Fiscal Seccional, además de no comparecer él ni el Agente del Ministerio Público a su realización y, no obstante, el último figura firmando el acta respectiva.

Al contrario de lo manifestado por el censor, el representante del Ministerio Público no aparece firmando el acta de allanamiento. Basta con examinar tal documento y observar que quienes aparecen signando son la Jefe de la Unidad de Investigaciones del DAS, dos personas que se hallaban en el apartamento, los detectives y la secretaria ad hoc.

El recurrente y el Procurador Tercero Delegado concuerdan en tachar de irregular el allanamiento, porque fue ordenado con el propósito de capturar al acusado, quien ya había sido aprehendido tres horas antes de la diligencia y aquélla se realizó luego, sin motivo legal y sin la concurrencia del Fiscal.

En cuanto a lo último, se observa que dicha autoridad judicial podía delegar, facultad otorgada por el inciso segundo del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, a cuya práctica acudió la Jefe de Unidad de Investigaciones del DAS del Tolima, como aparece en la providencia que ordenó la diligencia y en el acta correspondiente, sin que la ausencia de aquél constituya, por ende, irregularidad alguna.

Aún en el evento de que se considerare que los miembros del DAS tenían conocimiento de que la aprehensión del acusado ya había acontecido, pues les fue prestado apoyo por la Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué, la cual había realizado la captura, debe tenerse en cuenta que aquellos funcionarios podían actuar sin otra orden complementaria escrita del Fiscal, con la finalidad de impedir que se siguiera cometiendo un delito, pues en la residencia del sindicado fue hallada una granada, o sea, se estaba realizando un hecho punible que ponía en peligro la seguridad pública; había flagrancia y tal ingreso al apartamento no requería de otra orden, según lo dispuesto por el citado artículo 344 del estatuto procesal penal.

De tal manera, no se presenta el falso juicio de legalidad que imputa el recurrente y que respalda el Procurador Delegado, por lo cual la censura debe ser desechada; en

consecuencia, tampoco procede expedir copias para que se investigue a los miembros del DAS que intervinieron en el allanamiento ante un posible delito contra la administración pública, que no se especifica. De otra parte, quien considere que se ha incurrido en un hecho punible, bajo su responsabilidad debe ponerlo, directamente él, en conocimiento de la autoridad competente, de conformidad con su deber legal (art. 25 C. de P. P.).

CARGO TERCERO: El recurrente dice que se violó indirectamente la ley sustancial por inaplicación indebida del artículo 125 del Código Penal, al incurrirse en un falso juicio de identidad al valorar las pruebas allegadas por inteligencia militar, pues no servían para establecer que Eduardo Ramírez y GILDARDO ARIAS VALENCIA sean una misma persona.

El citado informe de inteligencia fue ratificado bajo juramento por un suboficial del Ejército Nacional, consta de fotografías y otros documentos, que fueron analizados con las restantes pruebas para concluir el Tribunal que el sindicado solía utilizar varios nombres, como el de Eduardo Ramírez. Hizo énfasis en la credibilidad de la información, porque habiendo podido imputar otros hechos punibles, únicamente lo sindicaron de rebelión. Añadió que los subversivos suelen utilizar otros nombres, como el caso de GILDARDO ARIAS VALENCIA que en la insurgencia aparecía como Eduardo Ramírez y figuraba ante familiares y particulares como Carlos Eduardo Guzmán, el cual suministró a sus aprehensores y en la indagatoria. También tuvo en cuenta que con anterioridad a este proceso había sido juzgado por actividades semejantes a las ahora endilgadas.

Además, el juzgador cotejó las fotografías de los documentos falsos con las allegadas en el citado informe y con las tomadas después de la captura, encontrando semejanzas que le permitieron establecer que corresponden a la misma persona aprehendida.

El Tribunal así lo determinó, sin tergiversar lo manifestado por el fotógrafo a quien se acudió para que efectuara esa labor. No indicó el juzgador que el experto en

fotografía hubiera hallado tal igualdad, sino que se dedujo por medio del estudio de otras pruebas. De ahí que no se presente el falso juicio de identidad endilgado y el reproche no esté llamado a prosperar.

CARGO CUARTO: El censor considera que se presentaron falsos juicios de identidad, al analizarse en la sentencia los documentos encontrados en el allanamiento del apartamento del sindicato y haber tenido como antecedente judicial el proceso nulo que le fue seguido en la justicia penal militar.

El fallador no tomó ese proceso como un antecedente judicial, sino que se trataba de una situación aceptada por el sindicato y su defensor, que podía ser valorada y le sirvió como elemento adicional de juicio, que indiciariamente robustecía su conclusión de que el sindicato incurría en rebelión, deducida del análisis conjunto con otros medios de convicción; por su parte, el censor no precisa en que fue mutada la prueba, para hacerle decir algo diferente a su contenido fáctico.

Los documentos incautados en el allanamiento fueron tenidos como otro elemento de juicio que, junto con las demás, le permitió al Tribunal determinar la responsabilidad del acusado, como lo indicó el Ministerio Público en su concepto. Aquéllo vino a reforzar el informe de inteligencia en los indicios graves de cambio de identidad, el hallazgo de la granada en el apartamento del sindicato, las respuestas dadas en la indagatoria y carecer de una fuente lícita de la cual derivara su sustento y el de su familia, o no contar con un empleo o trabajo legal que se lo permitiera.

Además, si lo que pretendía el casacionista era atacar la inferencia lógica, le correspondía demostrar que el juzgador se equivocó y de qué manera.

Pruebas diferentes a los libros y revistas demostraron que el sindicato era dirigente del EPL; no se le juzgó por sus ideas políticas, sino por pertenecer a los cuadros directivos de ese grupo subversivo, y adelantar labores ideológicas, de adoctrinamiento, relaciones

internacionales e instrucción, sin dejar de lado las armas, como lo demostró el artefacto destructivo hallado en su morada, todo dentro de las actividades que desarrolla esa facción con el fin de suprimir el régimen constitucional vigente y tomar violentamente el poder para imponer sus ideas y establecer un nuevo orden. Esta corporación, en sentencia del 12 de agosto de 1993, radicación 7504, M. P. Edgar Saavedra Rojas, sobre tales tareas indicó:

“No quiere decir que todos los miembros de un grupo guerrillero tengan que ser combatientes para que se les pueda considerar rebeldes; basta con que se pertenezca al grupo subversivo y por dicha razón le sean encomendadas labores de cualquier naturaleza, tales como financiamiento, ideológicas, planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración o cualquier otra actividad que nada tenga que ver con el uso de las armas, pero que sea un instrumento idóneo para el mantenimiento, fortalecimiento o funcionamiento del grupo subversivo para que se entienda que se puede dar el calificativo de rebelde a quien tales actividades realiza...”

El reproche tampoco está llamado a prosperar.

CARGOS QUINTO, SEXTO Y SEPTIMO: El impugnante endilga al juzgador violación directa de la ley sustancial en cuanto a la falsedad, por falta de aplicación de una causal de inculpabilidad (art. 40-4 del C. P.), aplicación indebida de los artículos 220 y 222 e interpretación errónea del artículo 125 ibídem, por desconocimiento del principio non bis in idem porque según dice, la rebelión subsume la falsedad.

Se aprecia que los tres ataques hacen referencia a la falsedad, delito por el cual no fue dictada sentencia de segunda instancia, pues el Tribunal al darse cuenta de una irregularidad sustancial que afectaba el debido proceso declaró la nulidad parcial, en lo

relacionado con las conductas que vulneraron la fe pública, a partir de la resolución de acusación.

El fallo es lo único recurrible en casación y el demandante dirigió estos reproches contra una decisión interlocutoria que paralelamente fue proferida con la sentencia, pero sin que esa circunstancia les haga perder su autonomía ni cambie su naturaleza y alcance. Es decir, estos cargos carecen de objeto, al no existir el presupuesto material exigido por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Dicho auto anuló parcialmente la actuación, incluido el fallo de primera instancia en lo concerniente a las falsedades, sin que exista sentencia sobre tal aspecto y al romperse la unidad procesal, los esfuerzos del recurrente para demostrar que la rebelión subsume los delitos contra la fe pública debe realizarlos en ese proceso y no en éste, en el que únicamente se juzgó un comportamiento que se enmarca en el tipo penal que describe la rebelión. Así, el presunto desconocimiento del principio *non bis in idem* no acontecería aquí sino que se presentaría en ese otro diligenciamiento, de acogerse la tesis del demandante.

Por lo tanto, estos reproches deben ser desestimados.

CARGO OCTAVO: El censor dice que se violó el postulado de la proscripción de la *reformatio in pejus*, al aumentar el Tribunal la pena al apelante único, en lo cual también se manifiesta aquiescente el representante del Ministerio Público.

El tema ya ha sido definido por esta corporación, que en diversas oportunidades ha reiterado que la consulta y la apelación son el desarrollo del postulado de las dos instancias; sin embargo, presentan diferencias y alcances distintos.

La consulta no es un recurso, se inspira en el interés general, tiene carácter imperativo, la competencia es plena e ilimitada, es un grado de jurisdicción que permite al superior

funcional de quien ha proferido ciertas providencias judiciales revisar su legalidad, control que no queda al arbitrio del juez ni a la voluntad de las partes, pues opera por mandato legal.

En cambio, los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés del impugnante y la competencia por el factor funcional es limitada. De acuerdo con su albedrío, las partes pueden recurrir y el ad quem sólo revisa los aspectos que son materia de impugnación.

Es el recurso el que le otorga la competencia, por el factor funcional, al superior, mientras que en la consulta se adquiere por ministerio de la ley. En la impugnación el juez tiene la limitante de no poder referirse a aspectos no recurridos, mientras en la consulta el ámbito de decisión es amplio y, por eso, la ley faculta al funcionario para revocar o modificar la providencia en cualquier sentido, aún en perjuicio del sindicado.

Los dos institutos son distintos y no deben combinarse para crear un tercer mecanismo de revisión de la legalidad de las sentencias, por fuera de la Constitución y la ley. Tampoco la alzada se estableció para que las partes impidieran la aplicación de las normas que consagran la consulta, que opera con o sin apelación.

Al respecto, la Corte ha señalado:

“La expresión ‘son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación’, utilizada en normatividades anteriores (ley 17 de 1975, art. 1° y Decreto 050 de 1987, art. 210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al ad quem para conocer sin limitaciones de la providencia impugnada (ley 17 de 1975, art. 3° y Decreto 050 de 1987, art. 538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario.

Frente a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación.

La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación y sin que la interposición del recurso comprometa la potestad del ad quem, derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aún en los aspectos impugnados y en perjuicio del procesado.” (rad. 13.419, oct. 21/98, M. P. Fernando Arboleda Ripoll).

Exagera el Procurador Delegado al considerar que la Constitución estableció un esquema político individualista y estimar que la consulta debe examinarse dando prevalencia al interés personal, cuando en realidad se basa en el interés general y la primacía de éste es uno de los principios fundantes del Estado social de derecho colombiano, según su artículo primero. La interpretación del articulado que consagra este instituto debe efectuarse de acuerdo con la parte dogmática de la Constitución y hacer operante esa preponderancia.

De tal manera, el cargo no está llamado a prosperar.

CARGO NOVENO: El recurrente expresa que “si la impugnación probatoria fundamentada a lo largo de esta demanda no conduce a la certeza sobre la inocencia de mi defendido, al menos, debe reconocerse que la impugnación probatoria referida en algunos cargos anteriores nos lleva inefablemente a reconocer que existe duda ... sobre la responsabilidad de mi defendido” y da a entender que se dejó de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

A pesar de que el libelista dice acudir a la vía indirecta, no señala los errores de hecho o de derecho en que supuestamente incurrió el fallador al analizar las pruebas. No hace

relación a algún medio de convicción en donde se haya producido un falso juicio de existencia, identidad, convicción o legalidad, que haga imperiosa su corrección para hacer reconocer la duda que no percibió el fallador. Tampoco indica si tal duda recae sobre la existencia del hecho punible o alguno de sus elementos estructurantes.

Afirma que “es de bulto, que la errónea apreciación de las pruebas (alegadas en algunos de los cargos) condujo al fallador a la violación indirecta de las normas sustanciales transcritas en este cargo”. Hace una remisión a reproches anteriores, dejando de lado que en esta censura también debió incluir, a cabalidad, la enunciación, desarrollo y demostración del yerro aducido y de su trascendencia en el sentido del fallo.

Estas deficiencias técnicas llevan a la improsperidad del reproche.

CARGO DECIMO: El censor solicita “casación de procedencia excepcional” por falta de aplicación de normas constitucionales y universales que garantizan derechos fundamentales, además de cumplirse la decisión de un órgano de las Naciones Unidas.

Se equivoca de medio, porque si lo procedente es la casación normal a ella debió acudir, por brindarle idoneidad para que se corrijan los yerros trascendentes en que pudo haber incurrido el fallador, pero no le es válido hacer uso de la casación discrecional, a la cual únicamente se puede acudir cuando la regular legalmente no tiene cabida frente al caso concreto.

El recurrente se refiere a la casación excepcional como si, además de las tres causales establecidas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, se hubiera consagrado otra en precepto aparte. Inicialmente la confundió con una causal y posteriormente con la casación oficiosa del artículo 228 ibídem, al considerar que procede en la situación prevista en la última parte de esta disposición.

Pero lo que la ley establece es la casación discrecional en los eventos en los cuales no procede en general, según los dos primeros incisos del artículo 218, o sea, cuando no se trata de sentencia de segunda instancia proferida por los tribunales superiores o el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo, para entonces, no fuere inferior a 6 años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

Además, el impugnante omite señalar la causal, no se sabe si hace referencia a la primera o a la tercera, no cita las normas sustanciales presuntamente violadas, pretende que se examine en casación y se de aplicación a una decisión de un organismo internacional, siendo que el recurso extraordinario trata de yerros cometidos en la selección o interpretación de normas. Si hacía referencia a la causal primera, no indicó el motivo ni el sentido, sin que pueda inferirse si se refiere a la vulneración directa o indirecta. Si acudió a la causal tercera, no dijo si la posible nulidad obedeció a incompetencia, violación del debido proceso o del derecho de defensa.

Creyó que por invocar la casación discrecional estaba exento de estructurar el reproche, cuando una vez establecida su procedibilidad, que, se repite, no se da en este caso, y concedido el recurso por la Corte, se debe presentar la demanda con todos los requisitos, tanto formales como técnicos y no manifestar su inconformidad como si se tratara de un alegato de instancia.

Por tales razones, este reproche tampoco está llamado a prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
CORDOBA POVEDA

JORGE E.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
ANIBAL GOMEZ GALLEGO

JORGE

MARIO MANTILLA NOUGUES
EDUARDO MEJIA ESCOBAR

CARLOS

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON E. PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria