

Proceso No 16856

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 36

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Bogotá, D. C., veinte de marzo del dos mil tres.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de agosto de 1999, mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó al TC. de la Policía Nacional GERMAN HERNANDO RUSINKE BARRANTES (hoy en retiro) a la pena principal privativa de la libertad de dos años de prisión, como autor responsable del delito de concusión.

Hechos y actuación procesal.

El 25 de noviembre de 1993, la Procuraduría General de la Nación remitió a la Dirección General de la Policía Nacional un anónimo recibido a esas dependencias, donde se denunciaban algunas irregularidades en el proceso de licitación pública internacional No.MD-PN-002/93, para la adquisición de equipos de comunicación de la Policía Nacional, y se acusaba al TC. Germán Hernando Rusinke Barrantes, Presidente del Comité Técnico, de tener vínculos familiares con un empleado de una de las empresas oferentes, y de “solicitar dinero a los proveedores a cambio de sus conceptos técnicos, convirtiéndose su exigencia en una extorsión” (fls.27 y 28 /1). El Subdirector General de la Policía ordenó dar curso del referido escrito a los Juzgados de Instrucción

Penal Militar -reparto- para la investigación correspondiente (fls.18, 23, 24/1).

Dicha acusación fue reiterada en otros escritos igualmente anónimos, a los que se acompañó copia del comprobante de una consignación realizada en dinero efectivo el 27 de julio de 1993 en la cuenta corriente del Banco Ganadero de Germán Hernando Rusinke Barrantes, por la suma de \$400.000.00; y de la factura No.29340, de 25 de marzo de 1993, por valor de \$134.780.00, donde se registra la compra de un pasaje aéreo para cubrir la ruta Bogotá - Barranquilla - Bogotá, a nombre de Germán Rusinke, adquirido por la firma MELTEC S. A. (distribuidora autorizada de MOTOROLA INC para todo el territorio nacional, empresa a la que MELTEC S. A. apoderaba en la licitación pública internacional No.MD-PN-002/93) en VIAJES CALITOUR de esta ciudad (fls.391/2, 394/2, 645-658/3, 678/3, 1439-1442/5).

En inspección judicial practicada en las instalaciones de MELTEC S. A., se estableció que la firma canceló a VIAJES CALITOUR la suma de \$134.780.00 por concepto de un pasaje aéreo Bogotá - Barranquilla - Bogotá, adquirido a nombre de Germán Rusinke, según factura de compra No. 29340 y comprobante de egreso No.12014 de 5 de abril de 1993; y que aparecía registrado un pago de \$400.000.00 a nombre de Edilberto Rodríguez., identificado con la cédula de ciudadanía No. 1'000.518, por concepto de "servicio de acarreo y transporte de equipos", según comprobante de egreso No.12332 de 23 de julio del mismo año y cheque No.2617972 del Banco de Crédito, dinero que aparece depositado el 27 de julio siguiente en la cuenta corriente No.040056517 del Banco Ganadero oficina Centro Internacional de Bogotá, perteneciente a Germán Hernando Rusinke Barrantes (fls.256-263/1).

En indagatoria el imputado se declaró ajeno a los hechos investigados. Afirmó no haber recibido jamás pasajes aéreos de la firma MELTEC S. A, ni de ninguna otra empresa proveedora, y que el recibo de consignación por valor de cuatrocientos mil pesos fue sustraído de sus oficinas de la Sección de Ingeniería de la División de Comunicaciones

y Electrónica de la Policía Nacional para comprometerlo. Insistió en su inocencia, y explicó que los anónimos y las acusaciones respondían a un complot urdido en su contra por el TC. Rodolfo Gutiérrez Hernández, y que el CT ® Héctor Guillermo Moscoso Zorrilla, gerente de la firma MELTEC S. A., se prestó para esa farsa (fls.356-362/2, 740-743/3).

Entre las prueba allegadas al proceso se destaca el testimonio del CT. ® Héctor Guillermo Moscoso Zorrilla, quien manifestó que Germán Hernando Rusinke Barrantes nunca le exigió dinero ni dádivas en ejercicio de su función, y que el pasaje Bogotá-Barranquilla - Bogotá, y la consignación por valor de \$400.000.00, correspondían a favores personales que Rusinke Barrantes le pedía cuando no tenía dinero disponible, a título de préstamo, pues se conocían desde el año de 1977 cuando ambos ingresaron al curso de Oficiales de los Servicios. A la pregunta de si conocía a Omar Enrique Montenegro Torres, respondió que se trataba de un familiar de la esposa de Rusinke Barrantes que había ingresado a trabajar en MELTEC S. A. como técnico por recomendación de este último, pero que nada tenía que ver con los procesos licitatorios (fls.678-687/3).

El 25 de enero de 1995, el Juzgado 52 de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento de conminación por el delito de cohecho impropio (fls.380-384/2), y el 26 de marzo de 1998, el Inspector General de la Policía Nacional, en condición de Juez de primera instancia, profirió en su contra resolución de convocatoria a Consejo de Guerra sin intervención de Vocales, por el delito de concusión, previsto en el artículo 198 del Código Penal Militar (fls.1111-1184/4). Contra esta decisión fue interpuesto recurso de reposición, siendo resuelto desfavorablemente mediante decisión de 30 de abril siguiente (fls.1219-1226/5).

Rituado el juicio, el Juez de conocimiento, mediante sentencia de 2 de marzo de 1999, condenó a Germán Hernando Rusinke Barrantes a la pena de dos (2) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y la separación

absoluta de la Policía Nacional, como autor responsable del delito de concusión imputado en la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra (fls.1567-1591/6). Apelado este fallo por el defensor (fls.1650/6), el Tribunal Superior Militar, mediante el suyo de 31 de agosto de 1999, que ahora la defensa recurre en casación, lo confirmó en todos los aspectos objeto de la impugnación (fls.1799-1810 del cuaderno del Tribunal).

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, prevista en el artículo 442 del Código de Justicia Penal Militar entonces vigente (Decreto 2550 de 1988) el demandante acusa la sentencia impugnada de violar en forma indirecta la ley sustancial, debido a errores de hecho por falsos juicios de existencia y de identidad en la apreciación de las pruebas. Como normas infringidas relaciona los artículos 1º, 6º y 9º ejusdem, 13 y 29 de la Constitución Nacional.

Asegura que el fallador incurrió en varios errores de apreciación probatoria, a saber:

1. Haberle asignado a unos escritos anónimos el valor de indicio, de hecho probatorio, suponiendo su “verdadero sentido”, porque la investigación no logró demostrar ninguno de los cargos, y ante ello, el funcionario instructor decidió suponer la conducta típica. En conclusión, el Juzgador, al imaginar medios probatorios, cometió un error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia, por suposición, pues en el proceso no existe prueba fehaciente que demuestre que los dineros consignados en la cuenta del procesado provenían de la empresa MELTEC. Dichos dineros fueron destinados para cancelar “al transportador Edilberto Rodríguez un servicio de acarreo al Alto del Cable. No obstante ello, el Juez “PRESUME, SUPONE Y ASIMILA HECHOS”, al darle a dicha transacción un doble valor contable: haber servido para cancelar acarreos, y hacer una consignación al procesado.
2. El segundo error consistió en DESCONOCER E IGNORAR medios probatorios, incurriendo

en un “error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad”, pues el Coronel RUSINKE BARRANTES “no fue escuchado ni se le tuvo en cuenta las diferentes versiones de inculpabilidad que sostuvo en su declaración libre y espontánea como también en la diligencia de indagatoria, donde sus afirmaciones y negaciones no fueron cotejadas con las demás versiones y pruebas para infirmarlas y controvertirlas”.

Así aconteció con la indagatoria, donde explicó que la consignación por valor de \$400.000.00 pesos y el papel donde aparecía el número de la cuenta corriente fueron sustraídos de su escritorio en la Oficina de la Sección de Ingeniería, cuando se le trasladó al Departamento de Policía de Santander. Dichos documentos aparecieron luego en las carpetas de la firma MELTEC S. A., e hicieron parte del segundo anónimo de fecha 15 de febrero de 1994, siendo anexados al expediente varios meses después, lo que prueba que para la fecha de los primeros anónimos la empresa no los tenía en su poder.

Lo mismo ocurrió con los testimonios del Capitán de Navío ® LUIS JAIME CORREA PEREZ y LUIS EDUARDO OLARTE ALVAREZ, solicitados por la defensa, quienes a pesar de concurrir al Consejo Verbal, no fueron escuchados por la presidencia. Tampoco fue tomada en cuenta la prueba trasladada del Tribunal Administrativo de Santander, y que fuera aportada por el procesado en el Consejo de Guerra, donde el doctor ERNESTO RUEDA PUYANA, ex- asesor del Comisionado Nacional de la Policía, en declaración ante la Magistrada del Tribunal Dra. Martha Alvarez del Castillo, hace un análisis detallado de lo que aconteció en la Junta de Adquisiciones el día que fueron analizadas las ofertas presentadas por las firmas participantes en la licitación pública MD-PN-02/93.

Este documento no fue tenido en cuenta en la sentencia de primera instancia, ni en la confirmatoria, “pues esta prueba de testimonio trasladada desapareció del expediente, y nunca fue anexada como prueba en favor de mi defendido”. Dicha informalidad, y la negativa de la Presidencia a escuchar en el Consejo de Guerra a los mencionados testigos, constituye una violación al debido proceso, por desconocimiento del derecho de la

defensa a solicitar y controvertir pruebas.

Igual aconteció con el casete de la conversación grabada por el procesado en el mes de mayo de 1994, donde el Agente de la Policía Nacional OSWALDO FLOREZ DURAN le comenta que se cuide “porque lo iban a comprometer con unos cheques y unas consignaciones de dinero en su cuenta corriente y que de esta si no se les iba a escapar, que se lo iban a tirar para echarlo definitivamente de la Policía”. El funcionario investigador tampoco tuvo en cuenta esta prueba (fls.748/3).

3. El tercer error en que se incurrió tiene que ver con la calificación jurídica de la conducta. El Juzgado 52 de Instrucción Penal Militar “llamó al Teniente Coronel GERMAN HERNANDO RUSINKE BARRANTES a responder por el delito de COHECHO IMPROPIO” y “VIOLACIÓN DEL REGIMEN LEGAL SOBRE INHABILIDADES Y PROHIBICIONES”. El 26 de marzo de 1998, el Juez de Primera Instancia procedió a convocar un Consejo de Guerra, cambiando “intempestiva e inusitadamente” la denominación del delito, por el de CONCUSIÓN, “con una motivación terriblemente irresponsable”, pues la conducta supuestamente realizada por el oficial “encaja perfectamente en la adecuación típica” del delito de COHECHO IMPROPIO. De esta manera, modificó el verbo rector de ACEPTAR por el de CONSTREÑIR, INDUCIR, SOLICITAR, para evitar la prescripción del delito.

En síntesis, “al procesado se le investigó, procesó y convocó a Consejo de Guerra por el delito de COHECHO IMPROPIO Y VIOLACION AL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, y en la misma forma el Coronel RUSINKE planeó la defensa... y como cosa rara y extraña en la sentencia, NO SE LE CONDENO por los delitos que había sido investigado sino por otro delito que el Coronel RUSINKE no había cometido como fue el de CONCUSION”.

Fundamentado en estas consideraciones solicita a la Corte invalidar la sentencia impugnada.

Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Cuarta Delegada para la Casación Penal solicita a la Corte desestimar el cargo presentado contra la sentencia impugnada, pues considera que la demanda adolece de irreparables desaciertos de forma y técnica, que la tornan inidónea para socavar los fundamentos de la sentencia. El primer error que se advierte guarda relación con la norma legal que se aduce para sustentar el cargo (artículo 442.1 del Decreto 2550 de 1988), pues la Corte, en decisión de 16 de septiembre de 1992, con ponencia del Magistrado Calvete Rangel, precisó que el Decreto 2700 de 1991 subrogó el Código Penal Militar en lo concerniente a los presupuestos de procedencia, fines, causales, y trámite del recurso de casación.

En el desarrollo de la censura incurre en otro desacierto, pues se dedica a cuestionar la actividad cumplida por el Juez instructor, y la apreciación que dicho funcionario hizo de las pruebas al definir la situación jurídica, olvidando que el objeto de la casación es la sentencia, y que cuando se acude a la causal primera, cuerpo segundo, la confrontación debe circunscribirse a las consideraciones probatorias contenidas en los fallos, y no a las realizadas en otras decisiones judiciales.

De cara al cargo propuesto, se advierte, a la vez, que el casacionista no identifica el sentido de la violación, lo que equivale a una formulación incompleta de la censura, ni precisa las normas probatorias que fueron objeto de desconocimiento, siendo obligación hacerlo. También incurre en omisiones e imprecisiones en la determinación y demostración de los errores probatorios denunciados, pues no dice en qué consistieron, ni qué incidencia pudieron haber tenido en la decisión de condena.

Inicialmente postula un error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia, que hace consistir en “haber supuesto e imaginado el funcionario el verdadero sentido y

contenido de los escritos anónimos”, y de haberles asignado el valor de indicios. Este planteamiento es equivocado, porque para que exista error de hecho por suposición se requiere que la prueba no exista en el proceso, y el casacionista reconoce que los anónimos hacen parte del mismo, y no puede ser de omisión, porque dichas pruebas fueron analizadas en los fallos de instancia según lo afirmado por el propio actor.

El argumento relativo a que los falladores supusieron su “sentido y contenido”, se relaciona más con un error de hecho por falso juicio de identidad, por distorsión de su contenido material, lo cual tampoco resulta cierto, como quiera que la sentencia no se apoyaron en el contenido de los escritos anónimos, sino en los resultados arrojados por las pruebas practicadas con fundamento en ellos, como la inspección judicial a la empresa MELTEC S. A., donde se constató la entrega del pasaje aéreo y de una suma de dinero al procesado, quien en condición de Jefe de la Sección de Ingeniería de la División de Comunicaciones y Electrónica de la Policía Nacional, se desempeñaba como Presidente del Comité Técnico de la Licitación Pública Internacional No. MD-PN-002 de 1993.

En segundo término el demandante aduce un error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad, que hace consistir en tres aspectos, (1) haber sido desatendidas las explicaciones suministradas por el procesado en indagatoria, (2) haber sido denegados en el Consejo de guerra los testimonios de Luis Jaime Correa Pérez y Luis Eduardo Olarte Alvarez, y (3) haber ignorado los juzgadores la declaración leída por el sindicado en el Consejo de Guerra, al igual que el casete donde consta la conversación que sostuvo con un agente de la Policía Nacional.

La confusión conceptual del libelista en este punto es también manifiesta, pues los argumentos que esgrime en nada se vinculan con el aspecto técnico del vicio alegado (falso juicio de identidad), que se presenta cuando el juzgador, al apreciar la prueba, distorsiona, tergiversa, recorta o adiciona su contenido, lo cual no es objeto de demostración en el discurso plasmado por el recurrente, quien al sostener que los

referidos medios no fueron tenidos en cuenta (explicaciones del procesado, prueba trasladada y casete), alude más a la configuración de un error de hecho por falso juicio de existencia. Y la no recepción de los testimonios, vendría a constituir un error de actividad, cuyo ataque debió orientar dentro del ámbito de la causal tercera de casación, con sujeción a las exigencias propias de ella.

Adicionalmente a lo dicho se tiene que los testimonios solicitados en la audiencia dejaron de ser recibidos, no porque el Presidente del Consejo de Guerra negara su práctica, sino porque los declarantes jamás concurren, pese a que el debate fue suspendido durante algún tiempo en espera de que comparecieran, tal y como consta en la correspondiente acta. Y en cuanto a la prueba trasladada, se advierte que se trata de un documento que el procesado leyó cuando le fue concedido el uso de la palabra para su intervención final, y como tal, no se erigía en prueba trasladada, sino en un elemento externo, quedando claro que no podía ser considerada como tal por los falladores, por no haber sido oportunamente aportada al proceso.

Respecto de la falta de valoración de las explicaciones del procesado y el casete de las grabaciones, debe puntualizarse que no es de la esencia de las sentencias tener que hacer taxativa referencia a todos y cada uno de los medios probatorios aportados al proceso, en los cuales se fundamentan. Lo importante, es que se aprecien en conjunto, y que la síntesis de este análisis se plasme en las consideraciones del fallo, trabajo que fue realizado por los juzgadores, al desestimar las explicaciones del procesado y las pruebas aportadas en su apoyo, frente a la claridad, contundencia y solidez de la prueba incriminatoria.

Con fundamento en la misma causal, el casacionista alega indebida calificación jurídica de la conducta. En relación con este planteamiento, lo primero que cabe

destacar es el desconocimiento que tiene del procedimiento establecido en el Decreto 2550 de 1988, siendo imperativo aclarar que el Juez Instructor no profirió, ni podía proferir llamamiento a juicio en contra del procesado, y que la única decisión tomada por dicho funcionario, conforme a la competencia atribuida, fue la relativa a la definición de la situación jurídica, donde se imputó al procesado el delito de cohecho impropio.

Posteriormente el Juez de primera instancia dictó resolución de convocatoria a Consejo de Guerra, por el delito de concusión, modificación que no constituye error alguno, pues el proceso penal se halla gobernado por el principio de progresividad, de acuerdo con el cual la actividad que se cumple en las distintas etapas que lo conforman se adelanta con el fin de alcanzar mayores grados de conocimiento del objeto de la investigación, pasando de la incertidumbre a la certeza de lo acaecido, proceso que se verifica contándose con la presencia del defensor. En aplicación de dicho principio, el proceso sigue su curso, permitiendo incorporar nuevos elementos de juicio, por lo que es factible que los argumentos inicialmente expuestos puedan verse modificados al calificar el mérito del sumario.

Sumado a lo dicho, se observa que la vía de ataque escogida por el impugnante para plantear este reparo es equivocada, ya que cuando se alega error en la calificación jurídica de la conducta, con afectación del género delictivo o el desplazamiento de la competencia, el reclamo debe hacerse por la vía de la nulidad, es decir, por la causal tercera, conforme a lo previsto en los artículos 220.3 y 304 del Código de Procedimiento de 1991 (Decreto 2700) por cuanto de constatarse la existencia del vicio solo sería posible enmendarlo mediante la invalidación del trámite.

Consecuente con sus argumentaciones, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA:

El cargo presentado por el demandante contra la sentencia impugnada comprende tres ataques: (1) Error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia, por suposición “del verdadero sentido” de los escritos anónimos que dieron origen a la investigación preliminar. (2) Error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad, derivado de la falta de apreciación de la versión del procesado, la declaración de Ernesto Rueda Puyana, y de la grabación de la conversación sostenida con el Agente de la Policía Oswaldo Florez Durán. De igual manera, de la decisión del Presidente del Consejo de Guerra de no recibir los testimonios del Capitán de Navío ® Luis Jaime Correa Pérez y Luis Eduardo Olarte Alvarez. Y (3), indebida calificación jurídica de la conducta. Separadamente la Sala analizará cada uno de ellos.

Error de hecho por falso juicio de existencia por suposición del “verdadero sentido” de los escritos anónimos. Ausencia de prueba que permita concluir que los dineros consignados en la cuenta del procesado provenían de la firma MELTEC S. A.

Este planteamiento, desde el punto de vista técnico es equivocado. El error de hecho, en la modalidad de falso juicio de existencia por suposición, se presenta cuando el juzgador da como existente una prueba que materialmente no ha sido incorporada al proceso, y deriva de ella efectos probatorios. Si el medio hace parte de la actuación, como ocurre en el presente caso con los escritos anónimos, no habrá lugar a la configuración de esta clase de error, porque si la prueba existe, mal puede afirmarse que es producto de la imaginación del fallador.

A juzgar por el enunciado del cargo, pareciera que el demandante se proponía denunciar un error de hecho por falso juicio de identidad, por distorsión del “verdadero sentido” de los escritos anónimos, pero en el desarrollo hace derivar su existencia de la circunstancia de haber sido dichos documentos valorados como indicio, y de haber “supuesto” los juzgadores la existencia de la prueba fehaciente de la “conducta típica”, argumentación que resulta ininteligible, como quiera que no guarda

correspondencia con lo inicialmente planteado, ni con los conceptos de error de hecho en las modalidades de existencia e identidad.

Si el actor, como pareciera insinuarlo en un comienzo, consideraba que los escritos anónimos no podían ser valorados como indicios, por encontrarse proscritos como medio de prueba, debió proponer el cargo por la vía del error de derecho por falso juicio de convicción, pero esta incorrección, como lo destaca la Procuradora Delegada en su concepto, no se configuró, porque la decisión de condena no se fundamentó en los referidos escritos, sino en los resultados de las pruebas legalmente practicadas en el curso de la investigación, como la inspección judicial llevada a cabo en la empresa MELTEC S. A., y el testimonio del CT. ® Héctor Guillermo Moscoso Zorrilla, para citar algunos ejemplos, a través de las cuales logró establecerse su veracidad.

Ahora bien. Si la discrepancia derivaba del hecho de haber los juzgadores condenado al procesado sin existir prueba fehaciente de la realización de la “conducta típica”, debió plantear error de hecho por falso raciocinio, por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la determinación del mérito persuasivo de la prueba allegada al proceso, y no de hecho en la modalidad de existencia por suposición, porque esta clase de error, como se dejó dicho, implica suposición del medio probatorio, no de la certeza de la materialidad del hecho típico, situación que resulta un tanto distinta, y que viene a ser en últimas lo que el casacionista plantea, aunque sin demostración de ninguna especie.

Se desestima la censura.

Error de hecho por falso juicio de identidad. Haber ignorado los juzgadores la indagatoria del procesado, el testimonio de Ernesto Rueda Puyana y las grabaciones de la conversación sostenida por el acusado con Oswaldo Flórez Durán, y haber sido ilegalmente denegados los testimonios del Capitán de Navío ® Luis Jaime Correa Pérez y Luis Eduardo Olarte Alvarez.

Lo primero que debe decirse en relación con este reproche es que el error enunciado no guarda correspondencia con su desarrollo. Si las pruebas inicialmente relacionadas fueron ignoradas, como lo sostiene el casacionista, se estaría en presencia de un error de hecho por falso juicio de existencia en la modalidad omisiva, y no de hecho por falso juicio de identidad, pues este yerro presupone que la prueba exista en el proceso, y haya sido apreciada por el juzgador, condiciones que la demanda abiertamente niega.

Al margen de estas inconsistencias de orden conceptual y técnico, y que el libelista no se esfuerza en demostrar la trascendencia del yerro, omisión que de suyo sería suficiente para la desestimación de la censura, los errores denunciados no existieron. Las manifestaciones de inocencia del procesado, y el complot supuestamente urdido al interior de la institución para perjudicarlo, fueron tenidos en cuenta en los fallos, como se constata de la lectura de su contenido. Lo que ocurre es que los juzgadores de instancia no acogieron sus explicaciones por considerar que contrariaban la evidencia probatoria, decisión que, de llegar a ser equivocada, constituiría error de raciocinio, y no de existencia por omisión, como lo propone el actor.

Distinto que la prueba sea ignorada, es que se la desestime porque no se le otorga crédito. En el primer evento se está en presencia de un error de existencia por omisión. En el segundo, de uno de hecho por falso raciocinio. En el primero se la deja de tener en cuenta porque los juzgadores no se percatan de su existencia en el proceso, o porque percatándose, deciden guardar silencio. En el segundo, se prescinde de ella como resultado de un proceso de valoración de su mérito frente a los postulados de la crítica racional. Por tanto, si lo pretendido por el casacionista era plantear un error de esta naturaleza, debió demostrar que la valoración realizada por los juzgadores contrariaba de manera manifiesta las reglas de la sana crítica, ejercicio argumentativo que ni siquiera intenta realizar.

En cuanto al testimonio de Ernesto Rueda Puyana, se constata que dicha prueba no hace parte del proceso, y por tanto, que no podía ser tenida en cuenta. Se advierte sí, como lo destaca la Delegada en su concepto, que el procesado durante su intervención en el Consejo de Guerra dio lectura a la declaración que echa de menos el casacionista, pero sin aportarla al informativo (fls.1505-1507/6), y que en la fase probatoria del debate, clausurada mucho antes de la intervención del acusado, tampoco se la adjuntó (fls.1495 y 1496/6). De allí que ningún error se derive de la circunstancia de no haber sido considerada como elemento probatorio en los fallos de instancia.

En relación con las grabaciones de la conversación sostenida por el procesado con el Agente de policía Oswaldo Flórez Durán, cuya transcripción obra a folios 367 a 377 del cuaderno No.2, cierto es que no fueron expresamente consideradas en el examen que los juzgadores hicieron de las pruebas, pero esto no significa que se las hubiese ignorado. Sencillamente no se les dio la trascendencia que el defensor reclama, según surge del contexto de la decisión, pues el aspecto que se quiso probar con ella (existencia de un complot para comprometer penalmente al procesado), fue ampliamente analizado en los fallos de instancia, y desestimado por considerar que existían pruebas que demostraban en grado de certeza su responsabilidad en los hechos (Cfr. páginas 12 y 13 del fallo de primer grado).

Se queja finalmente el casacionista de haber la Presidencia del Consejo de Guerra denegado ilícitamente los testimonios del Capitán de Navío ® Luis Jaime Correa Pérez (quien reemplazó a Moscoso Zorrilla en la gerencia de MELTEC S. A.) y Luis Eduardo Olarte Alvarez (ex mensajero de dicha empresa). Esta afirmación tampoco guarda correspondencia con la verdad procesal. El acta del Consejo de Guerra permite verificar que la presidencia ordenó la práctica de la primera de las referidas pruebas, y que el testigo no compareció a la audiencia, razón por la cual se ordenó continuar el debate, sin que el defensor ni el procesado insistieran en su aducción (fls.1495 y 1496/6). Y en relación con el testimonio de Olarte Alvarez, no aparece constancia de

haber sido solicitado por la defensa, ni autorizado o negado por la Presidencia del Consejo (fls.1493,1494, 1516 y 1517/6).

Más aún. Del estudio de la actuación procesal se advierte que el testigo Luis Jaime Correa Pérez declaró en el curso de la investigación (fls.487-489/2), al igual que en la actuación judicial que se adelantó en el Juzgado 53 de Instrucción Penal Militar contra el TC. Gutiérrez Hernández, de cuyo contenido se trasladó copia a este proceso (fls.270, 271/1), y que la declaración del testigo Luis Eduardo Olarte Alvarez dejó de ser objeto de recaudo, no por inactividad de los funcionarios judiciales, sino porque su localización no fue posible (fls.936/4 994/4, 1342 A/5, 1429/5).

Aparte de lo que se deja dicho, este reparo se encuentra indebidamente formulado, pues el vicio que se plantea, de haberse configurado, no sería constitutivo de un error in iudicando, sino de actividad, susceptible de ser propuesto por la vía de la causal tercera de casación, por violación del principio de investigación integral, con indicación de las pruebas que siendo procedentes, pertinentes y útiles, no fueron practicadas, y de su trascendencia, aspecto este último que imponía acreditar que de haber sido incorporadas al proceso, las conclusiones fácticas de la sentencia habrían sido distintas, exigencias que en manera alguna el casacionista cumple.

Se desestima la censura.

Errónea calificación jurídica de la conducta.

El error en la calificación jurídica de la conducta es por esencia un error de juicio o in iudicando, atacable por la vía de la causal primera de casación, pero si el vicio compromete el nomen iuris del delito, haciendo que la tipicidad se traslade a un capítulo distinto del Código Penal, o determine la variación de la competencia, la censura debe proponerse dentro del marco de la causal tercera, y sustentarse conforme a los requerimientos técnicos de la primera, con indicación de las normas sustanciales

violadas, el sentido y forma de la violación, y los errores de hecho o de derecho cometidos si la equivocación deriva de la apreciación de las pruebas.

Lo dicho concita dos conclusiones, (1) que la selección que el demandante hizo la causal primera de casación para proponer el ataque es equivocada, y (2) que la censura adolece de absoluta falta de sustentación. Lo primero, porque el vicio denunciado, de llegar a ser declarada su existencia, solo sería enmendable mediante la invalidación del trámite procesal, pues la Corte no podría entrar a condenar por cohecho impropio, como lo propone el demandante, sin incurrir en un vicio de incongruencia, si es tomado en cuenta que la convocatoria a juicio se hizo por el delito de concusión.

En cuanto a la ausencia total de fundamentación, basta decir que el casacionista omite precisar si la violación provino de errores de carácter estrictamente jurídico (violación directa), o de equivocaciones en la apreciación de las pruebas (violación indirecta), y en este último caso, si lo fue debido a errores de hecho por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad o falso raciocinio, o de derecho por falsos juicios de legalidad o falsos juicios de convicción, no existiendo, por tanto, referente argumental alguno que permita intentar una respuesta al cargo.

La única consideración que trae en apoyo de su planteamiento es de carácter procesal, pues asegura que la calificación que el funcionario instructor hizo de la conducta al definir la situación jurídica del procesado no podía ser variada en la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra, pero este argumento es equivocado, porque la ley no exige que exista congruencia entre estos dos actos procesales, lo cual resulta de elemental entendimiento, si se da en considerar que cuando se resuelve la situación jurídica la fase de la instrucción apenas se está iniciando, y que la actividad probatoria puede generar cambios en el conocimiento de la verdad, como acertadamente lo precisa la Procuradora Delegada en su concepto.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION, PENAL, 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.

YESID RAMIREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE
GOMEZ GALLEGO

JORGE A.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PEREZ PINZON

MARINA PULIDO DE BARON

JORGE L. QUINTERO MILANES

Teresa Ruiz Núñez

SECRETARIA