

Proceso No 19419

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 014

Bogotá D. C., dos (2) de marzo de dos mil cinco (2005).

V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de FLAVIO TULIO PRADO PRADO, MIGUEL ÁNGEL YEPES MORÁN, LIBARDO ARTURO RODRÍGUEZ HIDALGO, CÉSAR CHÁVEZ CORAL y RODRIGO ILDEFONSO LÓPEZ SAPUYES, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, fechada el 3 de abril de 2001, que revocó parcialmente la dictada por la Inspección General de la Policía Nacional, el 27 de noviembre de 1997, condenándolos a la pena principal de 16 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 8 años y separación absoluta de Policía Nacional, como autores del delito de homicidio agravado.

HECHOS

El juzgador de segundo grado los reseñó así:

“Según consta en autos, el 6 de marzo de 1992, la patrulla de la SIJIN al mando del

suboficial HUGO NARVÁEZ TRUJILLO en la vía Pasto- Ipiales fue atacada mientras cambiaban una llanta, por dos sujetos que se movilizaban en una moto y por los integrantes de un taxi, lo que hizo que el personal de la patrulla reaccionara y pidiera apoyo por radio, acudiendo al lugar el CT. HENRY PIÑEROS CHINGATE con el grupo de granaderos. Dejando el enfrentamiento como resultado la muerte de dos suboficiales del Ejército DAYRON DE LA ROSA GÓMEZ y JAMES MILLÁN VÉLEZ y de los particulares JORGE ELIÉCER LÓPEZ GUZMÁN, LUIS BAYARDO MORILLO BERMÚDEZ y JOSE FELIX BASTIDAS”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Después de unas contingencias procesales y abiertas la correspondiente investigación, los distintos procesados fueron escuchados en diligencia de indagatoria.

Mediante providencia del 25 de febrero de 1994, la Inspección General de la Policía Nacional, procedió a calificar el sumario, considerando que no existía mérito para proferir resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, precluyendo así, todo procedimiento a favor de los sindicados.

La anterior decisión fue objeto de declaratoria de nulidad en virtud del grado jurisdiccional de consulta por parte del Tribunal Superior Militar, que mediante proveído el 30 de mayo de 1994; igualmente ordenó la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra con vocales, realizándose dicha diligencia el 20 de septiembre del mismo año.

Posteriormente, la Inspección General de la Policía Nacional, mediante sentencia emitida el 2 de octubre de 1995, declaró la absolución de todos los procesados.

El Tribunal Superior Militar, nuevamente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, mediante providencia proferida el 11 de diciembre de 1995, revocó la decisión del a quo por considerarla contraria a la evidencia, ordenando a su vez, devolver la actuación para efectos de una nueva convocatoria a Consejo Verbal de Guerra.

Agotada esta diligencia, la Inspección General de la Policía Nacional en su condición de juzgador de primera instancia, acogió el veredicto de no responsabilidad emitido por los vocales y, en consecuencia, mediante fallo del 27 de noviembre de 1997, absolvió a los procesados.

Al surtir la consulta, el Tribunal Superior Militar se abstuvo de conocer la decisión, esgrimiendo razones de competencia y dispuso devolver el expediente al juzgador de primera instancia, para efectos que la actuación fuera remitida a la jurisdicción penal ordinaria de Pasto, situación que posteriormente configuraría un conflicto de jurisdicciones, que resolvería el Consejo Superior de la Judicatura, el 29 de octubre de 1998, declarando a la Justicia Penal Militar como competente para conocer del proceso.

Mediante providencia del 10 de mayo de 1999, el juzgador de segunda instancia declaró la nulidad de la actuación, a partir inclusive de la segunda convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, es decir, la resolución proferida el 16 de mayo de 1995, decisión que originó que la Inspección General de la Policía, adoptara la medida anteriormente comentada, por haberse incurrido en error en la denominación jurídica.

En consideración a las anteriores decisiones, el citado despacho, convocó una vez más a Consejo Verbal de Guerra para juzgar las conductas de los procesados en calidad de coautores del delito de homicidio agravado.

El Tribunal Superior Militar el 3 de abril de 2001, por razón del grado jurisdiccional de la consulta, revocó parcialmente la sentencia proferida por la Inspección General de la Policía Nacional, condenando a la pena principal de 16 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 8 años y la separación absoluta de la Policía Nacional por el delito de homicidio agravado, al CS. Rodrigo López Sapueyes, y a los agentes Rigoberto Moreno Narváez, Libardo Rodríguez

Hidalgo, Miguel Yepes Morán, César Chávez Coral y Flavio Prado Prado.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Acotación Previa:

Han sido allegadas a este diligenciamiento sendas demandas presentadas de forma independiente por los defensores de los sindicados Rodrigo López Sapuyes, Libardo Rodríguez Hidalgo, Miguel Yepes Morán, César Chávez Coral y Flavio Prado Prado.

No obstante haberse presentado escritos individuales, la Corte al observar una redacción casi idéntica en sus contenidos, realizará un solo resumen de las mismas.

1. Demanda presentada por los defensores de los procesados Libardo Rodríguez Hidalgo, Miguel Yepes Morán, César Chávez Coral y Flavio Prado Prado.

CAUSAL TERCERA

1. CARGO ÚNICO:

Bajo el amparo de la causal tercera de casación, los demandantes presentan un único cargo común contra el fallo del juzgador de segunda instancia.

Acusan al juzgador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Coligen los recurrentes que la decisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta, proferida por el juzgador de segunda instancia concerniente en declarar la nulidad de la

actuación por errónea calificación, bajo el supuesto de no ser considerada una circunstancia de agravación punitiva en la conducta investigada, constituye una violación al principio constitucional del debido proceso, toda vez que, esta decisión, es decir la de anular la actuación procesal por evidenciarse una errónea calificación, sólo es procedente en el evento de presentarse un yerro en la adecuación típica y no respecto de los agravantes o diminuentes punitivos.

Los censores a continuación citan jurisprudencia de la Sala, en donde se reitera que en el evento de ser necesaria la figura de la variación de la calificación jurídica, en relación con la “denominación específica” de la conducta atribuida, esto es, cuando en la actuación judicial se presenta un yerro en cuanto a la apreciación de circunstancias de agravación o atenuación del punible instruido, no es dable la declaración de nulidad del diligenciamiento.

En esas condiciones, reiteran los casacionistas que la falta de estructuración del presupuesto anteriormente citado, constituye la violación demandada.

Al referirse al yerro que originó la variación de la calificación, respecto al desconocimiento de circunstancias de agravación punitiva, coligen los recurrentes que la actuación judicial citada que da origen al supuesto vicio, “realmente incurrió en un falso juicio de apreciación en la selección de la disposición legal al interior de una descripción típica de la misma especie”, es decir, un error in judicando, que nunca podrá confundirse con una causal de nulidad.

Así mismo, consideran los casacionistas que la censura debe proponerse bajo los parámetros de la causal tercera pero la correspondiente demostración debe adaptarse a los lineamientos de la causal primera de casación.

Por otra parte, aseveran que el juzgador de segunda instancia violó el principio de imparcialidad al imponer al a quo, la decisión de variar la calificación de homicidio simple a

agravado, tomando a nombre propio atribuciones de ente acusador, que en su criterio no le competían en aquella etapa procesal.

En esas condiciones resaltan que el juzgador de primera instancia mediante providencia proferida el 9 de agosto de 1999, decretó la nulidad de la actuación a partir de la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra emitida el 16 de mayo de 1995, a pesar que el Tribunal sólo dispuso la anulación de la actuación procesal a partir de la providencia del 17 de junio de 1997.

En consideración a lo anteriormente enunciado, solicitan a la Corte declarar la nulidad del proceso en estudio, a partir de la providencia proferida el 9 de agosto de 1999, logrando así que la segunda convocatoria a consejo verbal de guerra emitida por el a quo el 16 de mayo de 1995 y la diligencia surtida el 27 de noviembre de 1997, se vean revestidas nuevamente de validez procesal y, en consecuencia, revocar la decisión adoptada por el juzgador de segunda instancia del 10 de mayo de 1999, donde según criterio de los censores, se violó el principio de imparcialidad e intromisión en las funciones de calificación atribuibles a la Inspección General de Policía, como juez de primera instancia.

Como normas vulneradas enuncian los artículos 29 de la Constitución Política, 285 y 464, numeral 2º, del Código Penal Militar, al igual que el 306, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

1. Por su parte, el representante judicial del sindicato Rodrigo Idelfonso López Sapuyes, presenta en su escrito cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, amparado bajo la causal primera de casación.

CAUSAL PRIMERA

1. PRIMER CARGO:

Acusa a la sentencia del Tribunal de violar en forma indirecta la ley sustancial, por incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia.

Sostiene el casacionista que los testimonios recibidos dentro del diligenciamiento a las señoras Maria Ofelia Cadena de Chochinoy y Eperanza del Carmen Jajinoy Saavedra, fueron omitidos en las consideraciones en las cuales se sustentó la decisión recurrida.

Al respecto, transcribe el actor aparte de las declaraciones rendidas por estas señoras, resaltando en primer término la de María Ofelia Cadena, quien al ser cuestionada sobre su ubicación respecto al lugar de los hechos, contestó: “La distancia es de unos ocho metros o diez más o menos y la balacera fue ahí frente a nuestra casa en la vía”. De igual forma manifestó no haber escuchado gritos, conversaciones o quejas en los momentos que hizo alusión.

En cuanto a la deponencia de la señora Esperanza del Carmen Jajinoy, transcribe: “Bueno lo único que se, lo que dijo una amiga de nombre Luz de la Cruz, que murió hace unos seis meses, me dijo que a doña Laura que es el nombre con que la conocemos le habían pagado para testificar en contra de la Policía”.

Así, entonces, asevera el libelista que el fallo recurrido desconoció la acusación realizada por Esperanza del Carmen Jajinoy contra la señora María Hicilda, toda vez que en la declaración anteriormente citada, la señaló como la persona a la cual “le habían pagado para testificar en contra de la Policía”.

Así mismo, afirma que el juzgador le otorgó total credibilidad a lo manifestado por la señora María Hicilda, al considerarla como “testigo presencial de excepcional interés

para aclarar lo ocurrido”.

Por lo anteriormente expuesto, considera el recurrente que la sentencia del Tribunal a diferencia de la decisión del juzgador de primera instancia, omitió valorar un aspecto trascendental dentro de los medios de convicción allegados al diligenciamiento, situación que conllevó a proferir sentencia condenatoria en contra de su defendido.

Finalmente, considera que la actuación acusada no aplicó lo preceptuado por los artículos 492 y 535 del C.P. Militar, 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal y de igual forma aplicó de manera errada los artículos 2, 5, 6, 18, 38, 47, 48, 62, 260, y 488 del Código Penal Militar.

2.2 SEGUNDO CARGO:

Acusa a la sentencia del Tribunal Superior Militar de violar indirectamente la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia.

Sustenta la anterior acusación en la supuesta omisión del fallo recurrido de la valoración de los testimonios de María Ofelia Cadena de Chochinoy, Bayron Ovidio Ortega Guerrero, Luis Portilla, Héctor Emiliano Bolaños y Álvaro Villota Viveros.

Afirma que el Tribunal otorgó credibilidad a la declaración del señor Carlos Enrique Buesaquillo quien señaló haber escuchado al momento de los hechos: “...por favor déjenme ir, yo soy del ejército, yo estoy muy malo...”, testimonio que difiere evidentemente con el rendido por la señora María Ofelia Cadena, enunciado en el cargo anterior, quien supuestamente se encontraba a ocho o diez metros del lugar.

Considera el recurrente que la decisión del juzgador de segunda instancia, evidencia una falta de apreciación en conjunto de los medios de prueba, principio que de haberse tenido en cuenta por el Tribunal, hubiera conducido seguramente a la absolución

de su representado.

Así mismo, destaca la omisión del testimonio del señor Bayron Ovidio Ortega Guerrero. Al respecto, transcribe apartes de su declaración, como por ejemplo, “miré que dos personas corrían hacia arriba y también iban disparando hacia el camioncito que estaba parqueado en ese lugar (...) solo miré que estaban disparando de lado y lado, solo miraba los fogonazos...”

Resalta que esta versión, que evidencia un enfrentamiento armado, contrasta sustancialmente con lo manifestado por Buesaquillo, y que a pesar de presentarse tal contradicción, el Tribunal dejó de considerar el testimonio anteriormente reseñado.

De igual forma, considera que fueron omitidos las declaraciones del señor José Luis Portilla, al igual que las de Héctor Emiliano Bolaños y Álvaro Villota Viveros, fotógrafo del C.T.I y del médico forense al servicio de la Fiscalía General de la Nación, respectivamente, deponencias que en apartes transcribe y al considerarlas en abstracto, en su criterio, dan fe de la ocurrencia de un enfrentamiento armado “entre dos bandos”.

Acota igualmente que esta hipótesis fue desestimada por el fallo recurrido, que al limitarse a otorgar plena credibilidad al testimonio del señor Carlos Buesaquillo, concluye que no era factible que se presentara tal enfrentamiento armado, toda vez que las viviendas aledañas al lugar de los hechos, no resultaron con muestras de impacto de proyectil.

Reitera que de haberse valorado de forma conjunta los testimonios recibidos, el juzgador de segunda instancia hubiera colegido como consecuencia del enfrentamiento armado, la configuración de una causal de ausencia de responsabilidad como lo es en este caso la legítima defensa, figura jurídica que desvirtuaría la comisión de un homicidio agravado.

1. TERCER CARGO:

Acusa a la sentencia del Tribunal Superior Militar de violar indirectamente la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia.

Apoya la anterior acusación, en la supuesta omisión del fallo recurrido en cuanto a la valoración de los testimonios del fotógrafo del C.T.I. Héctor Emiliano Bolaños y del médico forense Álvaro Villota Viveros.

Anota que el ad quem no valoró las fotografías ni la declaración del señor Bolaños, en la cual gracias a la proximidad que tuvo, descartó vestigios de tortura en el cuerpo de los occisos.

De igual manera, resalta que similar suerte corrió dentro del fallo recurrido, el testimonio del médico forense Álvaro Villota Viveros. Al respecto, transcribe apartes de la declaración del galeno:

“En la redacción del capítulo o ítem correspondiente a la descripción de heridas de las actas de levantamiento, solo mencioné orificios producidos por proyectiles de armas de fuego porque no observé otras señales de violencia como escoriaciones (...), mi apreciación (sic) me permite concluir que las únicas heridas se produjeron con arma de fuego.”

Colige que esta declaración técnica, a pesar de haber sido emitida por perito médico, difiere ostensiblemente de las consideraciones en que se sustentó el fallo recurrido.

Reitera nuevamente que de haber sido valorada en conjunto la prueba recaudada, el sustento de la que considera equivocada imputación en contra de su mandante, hubiera sido desestimado.

Sostiene que la sentencia desconoció los preceptos legales atinentes a las reglas de la sana crítica, yerro que llevó al juzgador a la indebida aplicación de los artículos 488 del C.P.M. y 247 del Código de Procedimiento Penal, sustento normativo tenido en cuenta para condenar a Rodrigo López Sapuyes.

1. CUARTO CARGO:

Acusa a la sentencia de segunda instancia, de violar indirectamente la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia.

Sustenta nuevamente la acusación, en la supuesta omisión del fallo recurrido en cuanto a la valoración del testimonio del médico forense Álvaro Villota Viveros, esta vez en relación con su percepción de la distancia en que probablemente se hicieron los disparos. "... no recuerdo haber observado en estos cadáveres tatuaje lo cual me permite inferir que los disparos no fueron realizados a corta distancia".

Colige que el Tribunal al no tener en cuenta la consideración de este testimonio, acogió la doctrina aplicable en materia de balística forense pero nunca confrontó la deponencia del perito médico, lo que, en su criterio, generó la sentencia en contra de Rodrigo López Sapuyes.

Finaliza haciendo la salvedad, que no obstante ser el sustento acusatorio de los cargos de la misma naturaleza, considera que la omisión del juzgador de segunda instancia respecto a los testimonios reseñados, afectó distintos aspectos dentro del fallo objeto del recurso de casación.

Teniendo en cuenta los cargos anteriormente enunciados, solicita a la Corte casar la sentencia y, en su lugar, al no existir prueba que demuestre la responsabilidad penal,

solicita que se profiera fallo absolutorio a favor de Rodrigo Idelfonso López Sapuyes.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA

PARA LA CASACIÓN PENAL

1. Respecto a las demandas presentadas por los apoderados de Libardo Rodríguez Hidalgo, Miguel Yepes Morán, César Chávez Coral y Flavio Prado Prado, la Delegada opta por realizar una respuesta conjunta a todas.

CARGO ÚNICO: NULIDAD

Sintetiza el cargo manifestando:

“La Inspección General de la Policía Nacional con base en consideraciones realizadas por el Tribunal Superior Militar cuando conoció de la sentencia que invalidó, declaró la nulidad de la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, proferida el 16 de Mayo de 1995, por considerar que en ella no se había imputado una circunstancia específica de agravación punitiva del homicidio múltiple.”

Inicia la Delegada el comentario de sus precisiones, aclarando que el artículo 657 del Decreto 2550 de 1998 (Código de Justicia Penal Militar), norma posteriormente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-145 de 22 de abril de 1988, bajo cuya vigencia se profirió la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, en el caso en comento, solamente exigía que la parte resolutive de la acusación precisara el capítulo del código donde se encontraba consagrado el delito por el cual se formulaba la acusación.

Aclara que ante la variedad de interpretaciones incorrectas que se suscitaron

respecto a la norma anteriormente referida, el legislador se vio, posteriormente, obligado a aclarar el verdadero alcance de la preceptiva y es así cómo en la actualidad se encuentra previsto en el artículo 398, numeral 3º, de la Ley 600 de 2000, “la calificación jurídica provisional”, dentro de los requisitos formales de la resolución de acusación. Del mismo modo, dicha discusión quedó zanjada con el nuevo Código Penal Militar, que en el artículo 557, numeral 4º, sólo exige en la calificación provisional el “señalamiento expreso del delito o delitos y de sus circunstancias específicas”.

En esas condiciones, reitera la Delegada que ante la falta de claridad del artículo 657 del Decreto 2250 de 1988 que reglaba la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, y la consecuente posibilidad que el funcionario judicial a pesar de encontrarse plenamente demostrada dentro del diligenciamiento, omitiera la imputación de una circunstancia de agravación punitiva, la jurisprudencia unificó el criterio asumiendo que tal decisión no era constitutiva de nulidad de acuerdo con la legislación vigente. Al respecto, cita jurisprudencia de la Sala donde apoya su criterio.

Aclara que en vigencia de la anterior legislación, “ante la ausencia de mecanismos que hicieran operante el carácter provisional de la calificación jurídica provisional, era posible la declaratoria de nulidad, si el funcionario calificador había omitido imputar una circunstancia específica de agravación de la pena contenida en un tipo especial o subordinado, siempre y cuando el respaldo probatorio fuera indiscutible y respondiera a una situación objetiva y no al mero criterio valorativo del juez, pues en este último caso la intangibilidad de la resolución de acusación se imponía, tal como lo sostuvo esa corporación (la Corte) en vigencia del anterior Código de Procedimiento...”.

De igual forma, manifiesta su desacuerdo en cuanto la pretensión de los recurrentes de la petición de nulidad de la actuación, no solo desde la providencia de 9 de agosto de 1999, que nulitó la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra del 16 de mayo de 1995, sino también la del Tribunal Militar de 10 de mayo de 1999, quedando así vigentes los

segundos veredictos absolutorios.

Finalmente precisa que la Justicia Penal Militar es una excepción a la garantía constitucional de la separación entre acusador y sentenciador y, por lo tanto, no considera viable el argumento expuesto en la demanda, según el cual, “el juez se estaría entrometiendo en un acto de acusación que a otro corresponde”, recordando que incluso en la justicia ordinaria, el juzgador puede realizar la modificación de la calificación jurídica provisional que considere conveniente. Al respecto, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional que declaró conforme a la Carta la variación de la calificación jurídica, en el evento de presentarse nuevas circunstancias agravantes, sin que esta decisión vulnere el principio de imparcialidad.

En esas condiciones, considera la Delegada que la decisión de declarar la nulidad de la resolución que no tuvo en cuenta la circunstancia de agravación punitiva, que se recurre en casación, no es violatoria del debido proceso y, por lo tanto, en su criterio, el cargo no puede prosperar.

2. Demanda presentada por el defensor del procesado Rodrigo Idelfonso López Sapuyes.

Antes de entrar a conceptuar sobre el escrito allegado, la Delegada considera pertinente acotar:

“Es preciso señalar que la omisión se predica de la integridad del medio de convicción y no de apartes del mismo, lo anterior en consideración a que el casacionista planteó en cuatro cargos el falso juicio de existencia por omisión de prueba fraccionando el análisis de algunos testimonios para reclamar dicho error independiente”.

1. CARGO PRIMERO:

En lo que atañe al falso juicio de existencia, cita la Delegada apartes de la extensa jurisprudencia de la Sala sobre el cargo recurrido y su técnica.

En lo que respecta a los testimonios de las señoras María Ofelia Cadena de Chochinoy y Esperanza del Carmen Jajinoy Saavedra, advierte la Delegada que si bien es cierto que el Tribunal omitió la consideración de estas declaraciones, también lo es que la credibilidad otorgada por el juzgador de segunda instancia se deriva del análisis conjunto del restante caudal probatorio allegado, lo que lo llevó a concluir, teniendo en cuenta las evidencias recogidas, que el presunto enfrentamiento armado sucedido el día de los hechos en realidad nunca se presentó.

Atinente a lo manifestado específicamente por la señora Esperanza del Carmen Jajinoy, transcribe la Delegada un aparte de su declaración, para posteriormente advertir que del estudio del testimonio citado, no se infiere un señalamiento claro que considerado en abstracto permita concluir la existencia de los hechos del presunto ofrecimiento de dinero a la señora María Hicilda Burbano con el propósito que declarara en contra de la Policía, “luego mal podría pretenderse con estas imprecisiones, restarle credibilidad a un testimonio que cotejado con el restante caudal probatorio adquiere sustento y en consecuencia ofrece credibilidad”.

Agrega la Procuraduría que no obstante haberse presentado la omisión en la consideración de los citados testimonios en la sentencia acusada, ésta “carece de la trascendencia que un error de tal naturaleza debe tener en sede de casación”, toda vez que la extensa argumentación de las consideraciones plasmadas en el fallo, con relación al caudal probatorio recogido, desvirtúa la existencia del supuesto enfrentamiento armado, lo que conlleva necesariamente a desestimar todo testimonio infundado contrario a los medios de convicción plenamente demostrados.

En esas condiciones, estima que la censura propuesta no está llamada a prosperar.

1. CARGO SEGUNDO:

Luego de transcribir los testimonios acusados por el censor de ser omitidos en la decisión del Tribunal, opina que resultan válidas las consideraciones realizadas en el cargo precedente, toda vez que llega a similar conclusión, esto es, que el hecho que el juzgador de segunda instancia omitiera el estudio de estos testimonios en la parte considerativa, carece por sí solo de la trascendencia para remover el fallo acusado, puesto que al ser confrontados con los demás medios de convicción, éstos resultan desvirtuados, concluyendo que en ningún momento se altera la decisión del juzgador de segunda instancia.

De igual forma llega a la conclusión expuesta en el cargo anterior en cuanto a la ocurrencia, según se expone en los testimonios omitidos, del supuesto enfrentamiento armado, considerando atinada la decisión del Tribunal al inferir que el pretendido combate jamás existió.

Por último, considera que las declaraciones del fotógrafo del C.T.I. Héctor Emiliano Bolaños y el médico forense Álvaro Villota Viveros, “corresponden a criterios personales mas no son el producto de la apreciación directa de lo ocurrido”, por lo que colige que estos testimonios al igual que los anteriores, carecen de la firmeza suficiente para derruir el fallo.

1. CARGO TERCERO:

En relación con el falso juicio de existencia por omisión de los testimonios del fotógrafo del C.T.I. Héctor Emiliano Bolaños y el médico forense Álvaro Villota Viveros, en cuanto a la manifestación de no haber encontrado rastros de tortura en el cuerpo de los occisos, reitera la Delegada la posición asumida en los cargos precedentes, indicando que éstas declaraciones “no solo contradicen la evidencia encontrada en los cadáveres sino que resultan intrascendentes de cara a la legalidad del fallo”.

1. CARGO CUARTO:

Finaliza la Delegada esgrimiendo un argumento similar a los anteriormente expuestos, en lo referente a la omisión del testimonio del médico forense Álvaro Villota Viveros, en relación a la distancia en que pudieron ser realizados los disparos.

Al respecto, luego de elaborar un breve análisis de balística, determina que la existencia o no de tatuaje, carece de trascendencia para desvirtuar las circunstancias fácticas probadas dentro de la actuación.

En esas condiciones, reitera que no existe mérito suficiente para considerar desatinada la credibilidad otorgada por el juzgador en el fallo recurrido al testimonio de la señora María Hicilda de Burbano.

Por las razones anteriormente expuestas, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal, sugiere a la Corte no casar la sentencia.

LA CORTE CONSIDERA

Concerniente a los escritos presentados por los representantes de los procesados Libardo Rodríguez Hidalgo, Miguel Yepes Morán, César Chávez Coral y Flavio Prado Prado, al

observar un contenido sustancial casi exacto en la redacción del único cargo formulado en las citadas demandas, la Sala procederá a realizar un análisis conjunto de las mismas.

CAUSAL TERCERA

CARGO ÚNICO

1.- Los defensores de los citados procesados, acusan al sentenciador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso.

En efecto, dicen que la nulidad que declaró el Tribunal Superior Militar, al momento de conocer del fallo de primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de la consulta, no se ajusta a la legalidad, habida cuenta que cuando se presenta un yerro en cuanto a la precisión de circunstancias de agravación o atenuación en la acusación no procede la invalidez de la actuación.

2.- Como bien lo destaca el Procurador Delegado y lo ha sostenido ampliamente la Corte, el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia, donde en forma libre se puedan hacer toda clase de reparos a una sentencia que, por ser la culminación de todo un proceso, está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que dado que se trata de una impugnación eminentemente rogada, sólo es posible acusar errores in iudicando o in procedendo cometidos por el juzgador y, por supuesto, como una carga imperativa del libelista, demostrarlos y evidenciar su trascendencia en la parte conclusiva del fallo, en caso contrario, el reproche no puede tener vocación de éxito, en razón a que la Corte, en virtud del principio de limitación, no puede entrar a complementar al libelista.

Así mismo, debe recordarse que si bien las nulidades permiten alguna amplitud para su proposición y desarrollo, no puede la demanda equipararse a un escrito de libre

formulación, sino que es un imperativo que cumpla con los presupuestos formales que exige la ley procesal para que la Corte pueda abordar su estudio de fondo.

En esas condiciones, como se ha repetido de manera incansable, no basta con señalar el motivo de nulidad ni la irregularidad en que se incurrió, ni el momento a partir del cual se debe invalidar lo actuado, sino que la labor del libelista deberá consistir, además de enunciar el cargo, en demostrar el vicio y su trascendencia respecto de las conclusiones del fallo.

En otras palabras, es obligación del libelista, además de enunciar la causal de nulidad invocada, demostrar cómo con esa irregularidad se socavó la estructura del proceso o se afectaron las garantías de los sujetos procesales y su trascendencia en el fallo, al punto que de no haberse cometido el mismo, la decisión habría sido favorable a los intereses del procesado.

3.- Además, como bien lo destaca el Ministerio Público, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman que la providencia que decretó la nulidad por la presunta indebida calificación, en lo atinente a la circunstancia de agravación específica estatuida en el artículo 260.6 del Decreto 2550 de 1998, violó el debido proceso, bajo el argumento que dicha declaratoria no era procedente, al no tratarse el caso de un yerro que versara sobre el género del delito, sino simplemente de una circunstancia de agravación punitiva plenamente demostrada dentro del diligenciamiento, que no fue tomada en cuenta al momento de la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, situación que, en su criterio, no constituye vicio.

Recuérdese que el artículo 657 del decreto 2550 de 1988, norma bajo cuya vigencia se profirió la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra acusada, generó en su momento una contingencia de criterios jurisprudenciales, en donde se acogió entre otras, la tesis que hizo pensar desatinadamente a buena parte de los funcionarios judiciales que en ninguna

ocasión era dable la declaratoria de nulidad por errónea calificación, cuando el yerro no constituyera cambio de capítulo en la imputación típica.

Esta postura tuvo su fundamentando en lo reglado por la citada norma en el numeral 4º, que como requisito para proferir la resolución en comento, exigía, “La calificación jurídica provisional, señalando el capítulo del título respectivo de la ley penal correspondiente”.

Lo cierto, es que aquellas apreciaciones jamás se ajustaron al verdadero alcance de la preceptiva referida, toda vez que, como ampliamente lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia de la Sala, la Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra no es una decisión discrecional del funcionario judicial, sino que por el contrario, dado su carácter provisional, debe ajustarse a los presupuestos establecidos en la ley, y con base al acervo probatorio allegado al diligenciamiento, se deberá proferir la imputación con las circunstancias específicas que agraven o atenúen la punibilidad de la conducta.

De otro lado, de la prueba allegada validamente al diligenciamiento se advierte que la citada circunstancia de agravación punitiva para el delito de homicidio tiene sustento fáctico jurídico. En efecto, como claramente lo destaca el Tribunal Superior Militar, en el auto mencionado, “... encuentra la Sala que el Señor Inspector General de la Policía, Juez de Primera Instancia se equivocó en la calificación jurídica, pues tal como están probados los hechos, no fue por causa de un enfrentamiento armado, sino que la muerte de los individuos fue cometida a sangre fría, pues se comprobó que los occisos antes que perdieran la vida fueron objeto de maltratos y golpes, pues en las necropsias realizadas a los cadáveres, aparecen constancias de excoriaciones, abrasión, edemas, laceraciones, demostrativas que fueron torturados y esto aunado a que la prueba técnica demostró que ellos nunca dispararon, pues el resultado del guantelete de parafina, practicado por los agentes técnicos de la fiscalía dejaron en claro que uno de los decesados presentaba acumulación de pólvora combustionada y al parecer le fue

esparcida. Ante estas circunstancias que rodearon los hechos, el Fallador de Instancia erró en la calificación jurídica al disponer el juzgamiento por un homicidio simple, cuando se encuentra probado que nos encontramos con un homicidio agravado (artículo 260.6 del Decreto 2550 de 1998), delito por el cual debieron haber sido llamados a responder los acusados.”

Por lo tanto, independientemente que los censores en ningún momento demostraron en sus escritos la incidencia del vicio acusado en las conclusiones del fallo, hecho suficiente para que el cargo no prospere, observa la Sala que la decisión proferida el 16 de mayo de 1995 por el Tribunal Superior Militar donde declaró la nulidad de la Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra por indebida calificación, al no haberse contemplado dentro de dicha imputación agravantes punitivos plenamente demostrados en el diligenciamiento, se encuentra totalmente ajustada a derecho y en rigurosa consecuencia se desestimarán las pretensiones incoadas por los recurrentes en el sustento del cargo, consistentes en anular las providencias emitidas en ambas instancias del 10 y 16 de mayo de 1995.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Demanda presentada por el defensor del procesado Rodrigo López Sapuyes.

En consideración a que el casacionista formula cuatro cargos sobre el mismo error de hecho por falso juicio de existencia cuyo sustento radica en idéntico medio de convicción, la Corte abordará el estudio de la demanda de manera conjunta, no sin antes aclarar de antemano que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

1.- Bajo el amparo de la causal primera de casación, acusa a la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de existencia en la omisión de los testimonios de María Ofelia Cadena de Chochinoy, Esperanza del Carmen Jajinoy Saavedra, Bayron Ovidio Ortega Guerrero, Luis Portilla, Héctor Emiliano Bolaños y Álvaro Villota Viveros.

2.- De la sola lectura del libelo se colige, que el censor no solo se aparta de los lineamientos en que se funda este recurso extraordinario, sino que no respeta el alcance doctrinal y filosófico del error de hecho por falso juicio de existencia.

Recuérdese que esta clase de yerro ocurre cuando el juzgador para sustentar su decisión, supone una prueba inexistente o excluye del análisis mancomunado una legalmente aportada al proceso y no en el evento de presentarse una discrepancia en torno a la credibilidad otorgada o negada por el funcionario a los medios de convicción, que, como se sabe, no configura desatino demandable en casación, toda vez que el juzgador goza del poder discrecional de valorar la prueba, sólo limitado por los postulados de la sana crítica.

Además, no debe olvidarse que el fallo llega a esta sede amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, esto es, que las pruebas y los hechos fueron correctamente discernidos y el derecho atinadamente aplicado.

Es así como el recurrente fundamenta su censura afirmando que el Tribunal se abstuvo de valorar los testimonios de las personas anteriormente citadas, y por el contrario decidió otorgar plena credibilidad a las declaraciones de Carlos Enrique Buesaquillo Rojas y María Hicilda Burbano de Chachinoy.

Por otra parte, también olvida el libelista que tiene el deber imperativo de demostrar cómo afectó el supuesto yerro las conclusiones de la decisión acusada, y cómo de no haberse presentado la irregularidad planteada, el contenido del fallo se sujetaría a la absolución de su representado por haber actuado en legítima defensa de su vida, falta técnica que la Corte, en virtud del principio de limitación, no puede entrar a corregir por lo que se impone la desestimación de las pretensiones demandadas.

3.- Ahora bien, independientemente de las razones esbozadas en los acápites anteriores, suficientes para que el cargo no sea llamado a prosperar, observa la Sala que tampoco

le asiste razón al recurrente cuando afirma que de las declaraciones omitidas se desprende la existencia de un supuesto enfrentamiento armado en el lugar de los hechos, hipótesis ésta, que el Tribunal se negó a aceptar.

Cabe advertir que resulta desatinada y sin fundamento la coartada elaborada por el libelista, de pretender que a raíz del supuesto enfrentamiento armado, se configure una causal de ausencia de responsabilidad, en este caso la legítima defensa.

Para el juzgador de segundo grado resultó evidente que la declaración de Carlos Enrique Buesaquillo Rojas contradice totalmente los testimonios echados de menos que reiteran la ocurrencia del supuesto enfrentamiento armado, habida cuenta que,

“si hubiere existido enfrentamiento, las personas que se encontraban de lado izquierdo o sea los muertos al disparar sus armas hubieran impactado los proyectiles en sus casas, mas que todo la casa de mi suegro donde yo vivo, pero allí no se encontró nada, el problema es que nadie quiere declarar por temor”.

De igual manera, el Tribunal Superior Militar resaltó la versión de la señora María Hicilda Burbano de Chachinoy, quien declaró no haber escuchado gritos o voces que hicieran prever la inminencia de un enfrentamiento armado, aseveración que corrobora y confirma la veracidad de lo manifestado por Buesaquillo.

En efecto, el sentenciador de segundo grado consideró:

“...si analizamos con detenimiento cada una de las armas y material de guerra encontrados a los occisos, deducimos que en el cruento y largo combate, que para unos policiales fue aproximadamente de 20 a 30 minutos, para otros de menos duración, lo cierto es que los presuntos agresores de los uniformados en el supuesto de que hubieren portado armas, se observa por las diligencias de levantamiento de cadáveres, inspecciones judiciales y álbum fotográfico, que los occisos no hicieron uso de tales

armas, escasamente aparece que fue percutido un cartucho de revólver que se encontró junto al cadáver del Suboficial DE LA ROSA, sin que se haya establecido que fue disparado en el momento de los hechos. Lo mismo sucede con el cartucho que supuestamente fue disparado por LÓPEZ GUZMÁN, que no se pudo determinar si fue percutido antes o en el momento del supuesto enfrentamiento armado que aseguran los uniformados. Se deduce que no hubo tal combate, puesto que si las armas y las granadas encontradas a los occiso no fueron accionadas y que si el enfrentamiento, como lo sostuvieron los policiales duró aproximadamente quince minutos más, ese lapso era suficiente para que los supuestos 'piratas terrestres', utilizaran sus armas y activaran las granadas.

"Tampoco se explica la Sala, como es que si hubo el supuesto enfrentamiento entre policiales y 'piratas terrestres', no aparecen en las casas de los vecinos del lugar, impactos provenientes de las ramas de los particulares, y como se explican las perforaciones que se describen en el vehículo Toyota en la parte trasera de la carrocería, como se observa en la fotografía visible al folio 176 del cuaderno N° 1, si según los policiales, el fuego de los ocupantes de taxi y de quienes se transportaron en la motocicleta y según el plano N° 36 obrante al folio 191 del cuaderno N° 1, esto se encontraban ubicados al lado derecho de la vía que conduce a Pasto y los miembros de la SIJIN en diagonal a una distancia de 28.82 metros sobre la vía que va a Ipiales, es absurdo que tales perforaciones hayan sido ocasionadas por los obitados, por la ubicación en que se encontraban los tres vehículos.

"Ahora bien, si volvemos a la hipótesis que hubo un feroz enfrentamiento, pues SAPUYES en su indagatoria manifiesta que gastó 25 cartuchos; MORENO NARVÁEZ RIGOBERTO utilizó trece cartuchos, PRADO hizo ocho disparos; YEPES más o menos 20 y CHAVEZ no recuerda, pero también hizo uso de su arma, luego éstos hicieron más de sesenta disparos, pasamos inmediatamente y observamos los impactos recibidos por el taxi y apreciamos que éste sólo presenta dos orificios como se observan en las fotografías visibles al folio 166 del cuaderno No. 1. Se analizó la diligencia de inspección judicial

practicada por el Juez Once de Instrucción Criminal (fol. 40 cuaderno No. 1) y luego el plano No. 036 (fol. 191 cuaderno No. 1), y se aprecia que no aparece ninguna vainilla de subametralladora en el lugar en donde dispararon los policiales. En cuanto a la motocicleta, la diligencia de inspección judicial plasma que ésta presenta un impacto en el lado izquierdo del guardabarro de la llanta trasera a la altura del stop, sin que se explique porque, si hubo un fuego tan nutrido, apenas presente un impacto.

“También obra en el proceso, el análisis del guantelete de parafina practicado a los occisos y el resultado fue negativo, indicativo de que los obitados no dispararon armas de fuego.

“Este análisis nos permite deducir sin lugar a dudas, que los policiales mintieron y no hubo ninguna refriega o enfrentamiento contra ‘piratas terrestres’ y que por ende no utilizaron sus armas de dotación en legítima defensa como lo afirman en sus indagatorias los acusados y que más bien los hechos ocurrieron como lo narra doña María Hicilda Burbano.”

Por otro lado, respecto a lo depuesto por la señora Esperanza del Carmen Jajinoy en lo referente a la acusación realizada en contra de la testigo María Hicilda Burbano, consistente en que presuntamente recibió dinero para declarar en contra de los miembros de la Policía involucrados en el caso, al afirmar: “me dijo que a doña Laura que es el nombre con que la conocemos le habían pagado para testificar en contra de la Policía, eso fue lo único que mi amiga me comentó”, ante la carencia de un señalamiento claro y concreto, se infiere de forma diáfana que esta aseveración no proporciona elementos de juicio que permitan concluir la existencia de la ilicitud que el recurrente pretende plantear.

En consecuencia, el hecho que no se mencionara en el fallo del Tribunal, de manera expresa, las versiones que el censor acusa como omitidas, en manera alguna tiene la

trascendencia para desquiciar la sentencia, puesto que sus afirmaciones, fueron desechadas por el juzgador por no encontrar respaldo probatorio.

Por lo tanto, como anteriormente se dejó advertido, al no demostrar el censor el yerro constitutivo del falso juicio de existencia y mucho menos su trascendencia en las conclusiones del fallo, las pretensiones serán desestimadas.

En esas condiciones, el cargo no está llamado a tener vocación de éxito.

CASACIÓN OFICIOSA

Observa la Sala que el Tribunal al determinar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (hoy inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas) vulneró el principio de legalidad, habida cuenta que la fijó en 8 años, en abierta contradicción con lo estatuido en los artículos 39 y 48 del Decreto 2550 de 1998, razón por la cual se casará parcial y oficiosamente la sentencia impugnada, al tenor del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal y, en su lugar, se les impondrá a los procesados Rodrigo López Sapuyes, Rigoberto Moreno Narvaez, Libardo Rodriguez Hidalgo, Miguel Yepes Moran, César Chávez Coral y Flavio Prado Prado la citada pena accesoria por el lapso de diez (10) años, por cuanto dicha normatividad establece que ésta será por un tiempo igual a la de la pena principal, sin exceder de 10 años.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

1. DESESTIMAR las demandas de casación.
2. Casar parcial y de manera oficiosa la sentencia impugnada y, en consecuencia, imponer a Rodrigo López Sapuyes, Rigoberto Moreno Narvárez, Libardo Rodriguez

Hidalgo, Miguel Yepes Moran, César Chávez Coral y Flavio Prado Prado la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el término de diez (10) años, conforme a lo expuesto en la parte final de las motivaciones de este fallo.

3. En lo demás, la sentencia se confirma.

4. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

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

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Salvamento parcial de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Salvamento de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento parcial de voto

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

ACLARACION DE VOTO

Estoy conforme con la parte resolutive de la decisión, mas no con sus fundamentos, los cuales han debido corresponder a un tratamiento dogmático distinto.

Si algo se debe rescatar, dentro del nuevo esquema de Estado - que entre otras cosas no es tan novel, como que tiene ya mas de 14 años -, es la autonomía del juez a la hora de interpretar la ley.

Podría decirse que la independencia del juez no constituye ninguna novedad, pues al fin y al cabo ese sería un tema que desde la misma Revolución Francesa se considera saldado; desde el día en que la separación de los poderes le atribuyó a los jueces, y solo a ellos, la capacidad para decidir los conflictos en derecho.

Mas ocurre que algo va del Juez de aquellas épocas al del Estado democrático. Decir el derecho, antes, significaba aplicarlo por fuera de toda posible valoración; no por otra razón, el juez era la boca por la que hablaba la ley. El derecho, por lo tanto, se decía, o se aplicaba, conforme al texto legal. Prueba de ello es la regla según la cual la "ley siendo dura es la ley".

Al Juez del Estado democrático le corresponde interpretar la ley según valores y principios; y no solo principios jurídicos sino políticos: con los principios y valores constitucionales. Precisamente por eso se ha dicho que "todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales", es decir, con sus valores y principios.

Sin que se pueda decir que el Juez pueda hacer lo que quiera, sino lo que le corresponde, dentro de un concepto de ley en el que se destaca menos su elegancia o su armonía y mas la bondad de los principios, lo cierto es que el Juez tiene un amplio poder para aplicar una justicia en derecho, cuya validez descansa en la coherencia y capacidad argumentativa de sus decisiones.

A partir de esos supuestos, es posible, precisamente por ese margen de configuración, que el juez pueda llegar a construir argumentaciones que no corresponden a los enunciados y a los valores y principios constitucionales, sino a reafirmaciones de esquemas meramente lingüísticos, como justamente lo hizo el funcionario acusado al privilegiar las fuentes del derecho civil para concluir que solo el propietario está legitimado para solicitar tutela penal en eventos de daño en bienes ajenos.

A pesar de que la decisión pueda resultar cuestionable, no es manifiestamente contraria a la ley. No corresponde a la mejor argumentación, claro, pero tampoco es arbitraria, abusiva, caprichosa o despótica, que es la que la Constitución prohíbe y la que el derecho penal sanciona.

Por eso es que la dogmática dice que en estos casos, como corresponde, la conducta es atípica objetivamente y no subjetivamente por ausencia de dolo, para que no toda equivocación de los jueces deba solucionarse como un problema de error de tipo que excluye el dolo (neutro).

Esta ha debido ser, entonces, y a mi juicio, la solución correcta.

Atentamente,

MAURO SOLARTE PORTILLA

Magistrado.

Bogotá. D.C., 27 de julio de 2005.