

Proceso No 20222

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado Acta No. 006

Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero del dos mil cinco (2005).

VISTOS

Mediante sentencia del 28 de septiembre del 2001, el Juzgado 28 Penal del Circuito de Bogotá declaró al señor Raúl Hermes Clavijo Garzón responsable, como autor, del delito de concusión. Le impuso la sanción principal de 36 meses y 20 días de prisión, multa equivalente a 36 salarios mínimos legales mensuales vigentes, interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de celebrar contratos con la administración pública por el mismo término de la pena privativa de la libertad. Le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

El fallo fue apelado por el defensor. El 30 de mayo del 2002 el Tribunal Superior de Bogotá lo ratificó, pero modificó el numeral primero de la parte resolutive en el sentido de imponer al procesado la pena de 32 meses de prisión y multa equivalente a 33.34 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El defensor interpuso casación y presentó la demanda correspondiente. La Corte, tras entender por el desarrollo de los reproches que se interponía casación discrecional, ajustó el libelo por los dos cargos fundados en la causal tercera de casación e inadmitió el último, relacionado con la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia, pues conforme la norma aplicable al caso concreto por favorabilidad –artículo 140 del Código Penal de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995- la pena máxima prevista para la infracción no cumple las exigencias para la procedencia del recurso y el recurrente omitió señalar si se trataba de la casación discrecional.

HECHOS

En la noche del 13 de enero del 2000, los agentes de tránsito John Nelson Rodríguez González y Raúl Hermes Clavijo Garzón, hicieron saber al ciudadano Carlos Alberto Gerena Liberato que su vehículo automotor que permanecía aparcado frente a su residencia, era hurtado y para que no se viera involucrado en el asunto era necesario que les diera dinero. Ante el requerimiento de los policías optó por entregarles treinta mil pesos y como lo apremiaran por más dinero que tendría que entregar al día siguiente a cambio de la devolución de los documentos del automotor, decidió denunciar el hecho.

ACTUACIÓN PROCESAL

Vinculado formalmente al proceso, Rodríguez González optó libremente por la sentencia anticipada y posteriormente hizo lo propio Clavijo Garzón, quien en la diligencia de formulación de cargos celebrada el 11 de septiembre del 2001 aceptó sin reparos los cargos.

Luego se profirieron las sentencias ya mencionadas.

LA DEMANDA

Dos cargos se dirigen contra la sentencia, a saber: i) al amparo de la causal tercera, nulidad por falta de competencia; y ii), con base en la misma causal, nulidad por motivación anfibológica en la audiencia de formulación de cargos .

En relación con el primero, considera el censor que si el hecho se cometió cuando el procesado se encontraba de servicio y se trata de conducta relacionada con éste, la competencia para conocer de la investigación y el juzgamiento corresponde a la Justicia Penal Militar, tal y como lo prescribe el artículo 221 de la [Constitución Política](#). La sentencia desconoce los artículos 29, 221 y 250 de la [Constitución Política](#), del mismo modo que los artículos 195 del Código Penal Militar y 1, 2, 6, 9, 10, 66, 67 y 186 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo cargo lo sustenta en la consideración según la cual la acusación se limitó a señalar a Clavijo Garzón como acompañante de Rodríguez González sin que aparezca claro a qué título se reprocha su participación en el hecho. Aun cuando se le condena como autor, el vocablo acompañar estaría denotando complicidad y, por tanto, la formulación del cargo perjudicó la situación del procesado si se mira que su participación fue mínima. Se impone la nulidad de la actuación a partir del acta de formulación de cargos para que en su lugar se remitan las diligencias a la fiscalía seccional. Por éste aspecto, la sentencia vulnera los artículos 2, 4, 5, 29, 248 y 250 de la [Constitución Política](#), y los artículos 1, 6, 13, 24, 67, 120, 248, 260 y 303 del Código de Procedimiento Penal.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Procurador Cuarto Delegado recomendó no casar la sentencia, con

base en los siguientes argumentos:

a) Tratándose de la sentencia anticipada, la facultad de impugnación del procesado y el defensor está limitada a los aspectos relacionados en el último inciso del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal y, por tanto, no se puede cuestionar la responsabilidad por los cargos que libre y voluntariamente se aceptaron. Excepcionalmente, la impugnación puede versar sobre afectación a garantías sustanciales como la incompetencia del funcionario, los agravios al derecho a la defensa, yerros en la adecuación típica del comportamiento, falta de claridad en la aceptación de los hechos, vicios en el consentimiento del imputado y situaciones que comprometan el principio de legalidad.

Aunque resulta indiscutible el interés jurídico del demandante cuando alega la nulidad por falta de competencia del funcionario judicial, la demanda no cumple las exigencias de la causal tercera de casación, pues las irregularidades por falta de competencia se presentan por vicios in iudicando, en forma directa por aplicación indebida, exclusión evidente o interpretación errónea de disposiciones de carácter sustancial y, en forma indirecta, por errada interpretación probatoria, eventualidades en las que la demostración de la censura debe transitar por los derroteros técnicos de la primera causal de casación.

Los argumentos del recurrente se reducen a la afirmación genérica acerca de la relación entre el ejercicio del cargo y la conducta ejecutada para deducir que la competencia corresponde a la jurisdicción penal militar, sin detenerse a acreditar la correspondencia entre el hecho delictivo y los deberes que incumben a los miembros de las fuerzas militares o de Policía y sin probar que la conducta investigada fue producto de un ejercicio extralimitado de las funciones propias del servicio.

No se puede otorgar razón al demandante ya que los elementos de juicio

incorporados al expediente no permiten tener por establecido un vínculo o correspondencia clara y directa entre la conducta ejecutada y las obligaciones propias de su condición de servidor público. La relación se percibe abstracta y circunstancial, derivada del simple hecho de saber que la conducta fue realizada por un miembro de la Policía Nacional en momentos en que se encontraba en servicio.

Exigencia como la que se hizo al denunciante no es comportamiento susceptible de ser ejecutado dentro de los límites de la legalidad y las funciones inherentes a los miembros de la Policía Nacional destinados a la regulación del tráfico vehicular. Dicha conducta no puede ser catalogada como un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que amerite la investigación y juzgamiento en cabeza de la jurisdicción penal militar.

Aunque para el día de los hechos Raúl Hermes Clavijo Garzón se encontraba prestando turno y exhibía el uniforme que lo distinguía como miembro de la Policía Nacional, la conducta ejecutada se aparta notoriamente de la misión legal y constitucional a él encomendada y su realización estaba planeada con anterioridad.

En abono a sus afirmaciones, reproduce fragmentos de la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997 de la Corte Constitucional, en la que se fijan las condiciones que determinan el carácter excepcional de la jurisdicción penal militar y la naturaleza del vínculo entre el delito cometido y la actividad propia del servicio.

b) Considera desacertada la proposición de cargos subsidiarios con fundamento en la misma causal tercera de casación, porque todas las posibles irregularidades se deben denunciar como principales, aunque su presentación debe ser discriminada.

Apenas teóricamente la ambigüedad en la formulación de los cargos tendría cabida en la causal tercera de casación. La argumentación del recurrente, lejos de perseguir el restablecimiento de garantías fundamentales transgredidas, deja notar que la

solicitud de nulidad lo que revela es una tácita retractación de los cargos consciente y libremente aceptados.

La censura del libelista sobre la supuesta ambigüedad en el grado de participación de su defendido no se muestra razonable. Se adivina como estrategia encaminada a obtener que la actuación retroceda a la etapa del sumario en la aspiración de revivir una controversia probatoria que posibilite la atribución del hecho a título de complicidad, sin advertir que sin ninguna condición el procesado aceptó su responsabilidad en el delito imputado. No se pretende discutir la deficiente o ausente motivación, sino el grado de participación del sindicado en el delito, asunto que no fue objeto de cuestionamiento en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

La pretensión resulta infundada porque en la formulación de los cargos se hizo expresa referencia al comportamiento que en compañía realizaron los dos procesados y se dejó clara la participación de cada uno de ellos como autores, para lo que basta remitir al texto del acta respectiva.

CONSIDERACIONES

Primer reproche.

La nulidad que plantea el demandante por incompetencia de la justicia ordinaria para conocer del asunto, la hace consistir en que para el momento de comisión del hecho el procesado ostentaba la calidad de miembro activo de la Policía Nacional y se encontraba en servicio. Luego, concluye, se trata de conducta estrechamente unida a la actividad funcional del imputado; es delito común conforme lo previsto por el artículo 195 del Código Penal Militar y su juzgamiento corresponde a las cortes marciales en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 221 de la Constitución Política.

Se responde:

En consonancia con los argumentos que sustentan el concepto de la Procuraduría, para la Sala los presupuestos enunciados en el artículo 221 de la Carta Política como indispensable para deferir la competencia a las cortes marciales, no se cumplen en el caso examinado.

En efecto, como se extracta de la densa jurisprudencia de la Corte Constitucional y la acuñada por ésta Sala, un delito tiene relación con el servicio en cuanto su ejecución se cumpla en el ámbito de las tareas propias y consustanciales a la labor que cumplen los miembros de la fuerza pública. Las expresiones “en servicio activo” y “en relación con el mismo servicio”, confirman la proximidad que debe existir entre la conducta punible y el elenco de esas funciones constitucional y legalmente discernidas.

Sobre la noción conceptual del término “servicio”, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“El término ‘servicio’ alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerza militares – defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional – y de la policía nacional – mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-” (Sentencia del 21 de febrero del 2001, radicado 12.308, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

La conducta punible, entonces, debe ser el resultado de un desbordamiento funcional que en el caso examinado sólo se percibe aparente.

Para determinar si la competencia por comportamientos sancionables cometidos por miembros de la fuerza pública radica en las cortes marciales, no basta acreditar la actualidad del servicio o la exhibición de prendas o distintivos que regularmente los distinguen. Es indispensable que al lado de esas condiciones materiales, se confronte la conducta imputada con miras a establecer su proximidad y relación sustancial con la esfera de funciones inherentes al cargo.

La exacción ejecutada por los procesados para liberar al denunciante de una penosa judicialización y de la retención de su vehículo supuestamente reportado como hurtado, no es comportamiento que potencialmente pueda resultar anejo o consecuencial al ejercicio de las funciones habituales que cumple la policía de tránsito, como tampoco podría serlo el fraude que bajo la forma de estafa ejecuta un agente uniformado en servicio o el abuso sexual que despliega en condiciones similares. De tales acciones no se puede predicar una cercanía acompasada con la naturaleza de las funciones constitucional y legalmente discernidas a los miembros de la policía nacional, cuyos fines se dirigen a la preservación de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el aseguramiento de la convivencia pacífica.

Segundo reparo.

Al amparo de la misma causal tercera de casación, discurre el recurrente para afirmar que la motivación en el acta de formulación de cargos alrededor del grado de participación de su defendido en el delito es ambigua, en la medida en que no se concretó si se trataba de cómplice, determinador, autor o coautor. A partir de un pasaje del acta de formulación de cargos donde se le menciona como la persona que acompañaba al otro policial implicado, deduce que se trataba de un acto de complicidad y no de autoría.

Responde la Sala:

Reiteradamente la Corte ha sostenido que a la sentencia anticipada la distinguen el principio de irretractabilidad y la renuncia a controvertir la prueba y el contenido de la acusación, excepto las posibilidades de recurrir el fallo en lo atinente a la dosificación de la pena, los subrogados penales y la extinción del dominio sobre bienes.

Esas mismas limitaciones a las que se contrae la posibilidad de apelar el fallo, se conservan indemnes y sirven para fijar fronteras a las censuras de quienes acuden al recurso extraordinario de casación.

El interés legítimo del recurrente debe superar las expectativas soterradas de alcanzar por vía del supuesto quebranto a las garantías fundamentales la anulación del proceso en condiciones que comprometan la aceptación de los cargos como hecho cumplido e irrevocable. En esa tarea el demandante debe demostrar con proposiciones y argumentos sólidos, que en el curso de la actuación procesal el inculpado pudo ser embaucado y maliciosamente conducido a la aceptación de los cargos con menoscabo de esas garantías superiores.

De ésta manera, carece de interés para recurrir el demandante que pretextando lesión a las garantías fundamentales abrigue la velada pretensión de obtener por ese medio la retractación de la voluntad libre y espontáneamente expresada por el procesado en el acta de formulación de cargos.

En el caso examinado, el señor Raúl Hermes Clavijo Garzón, luego de ser ilustrado sobre la naturaleza y alcances de la figura de la sentencia anticipada, aceptó el cargo que la fiscalía le formuló en la audiencia correspondiente. Del siguiente segmento se desprende que el grado de coparticipación fue como coautor del delito de concusión:

“...toda vez que para el mes de enero del año dos mil el Sr. CALVIJO (sic) y el Sr. JHON NELSON RODRIGUEZ en su condición de agentes de la policía se hicieron presentes en el edificio donde reside manifestándole que el vehículo que se encontraba estacionado frente a ese inmueble tenía pendientes y se comprometieron a colaborarle exigiéndole a cambio la entrega de una suma de dinero....” (Negrillas fuera de texto).

Aunque la concreción del cargo y el grado de concurrencia del procesado no remite a duda, la motivación oscura que el recurrente glosa acudiendo a un examen descontextualizando, apenas se adivina encaminada a intentar la anulación del proceso que involucre y deje sin valor y efecto el acta de formulación de cargos, para revivir por ese medio la controversia probatoria e intentar la declaratoria de una responsabilidad como cómplice y no como coautor. Deja de lado el libelista la aceptación libre e incondicional que del cargo hizo el procesado como coautor de la conducta punible atribuida.

No atendió el censor los parámetros y limitaciones establecidas en el ordinal 4º del artículo 37-B del Decreto 2700 de 1991, hoy inciso 9º del artículo 40 de la Ley 600 del 2000, ni logró demostrar, más allá de sus anhelos de precipitar la retractación del cargo, que por actos procesales indebidos se hubieran conculcado las garantías fundamentales del imputado. La motivación ambigua que encuentra en el acta de formulación de cargos contradice la claridad de los términos allí consignados y se aparta de la aceptación que en forma inequívoca y comprensiva hizo el procesado como expresión de su libre y decidida voluntad de acogerse a la sentencia anticipada.

Sirve lo dicho para contestar negativamente el cargo.

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

RESUELVE

No casar la sentencia demandada.

Notifíquese y Cúmplase

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Permiso

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria