

Proceso No 21587

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

Aprobada Acta N° 13

Bogotá, D.C., febrero veinticinco de dos mil cuatro.

VISTOS

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA y ALBERTO ORLANDE GAMBOA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 25 de junio de 2002, que confirmó la dictada el 12 de octubre de 2001 por el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad mediante la cual los condenó, junto con otros, a las penas de 32 años de prisión como coautor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y de defensa personal, el primero, y a la de 19 años de prisión como autor de la conducta punible de conformación de grupos paramilitares, el segundo, quien fue absuelto de los delitos de homicidio agravado, secuestro, concierto para delinquir y porte ilegal de armas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El a quo sintetizó los sucesos de la siguiente manera:

“A. Radicado 25187. Según consta en el infoliado, el día seis (6) de diciembre de 1994 fueron plagiados JOSÉ FRANCISCO VALDEBLANDEZ (sic) y EDWIN RAFAEL GONZÁLEZ LLERENA en momentos en que salían de la Clínica del Caribe, por unos sujetos armados quienes se identificaron como miembros de la Fiscalía. Posteriormente fueron hallados sus cadáveres sepultados y destrozados por la vía que conduce hacia Puerto Velero.

B. Radicado 390501. El día 16 de septiembre de 1996 HUGO SARMIENTO DE PINDRAY se transportaba en el vehículo de placas REI 939, por la calle 86 No. 47-33 de la ciudad de Barranquilla, cuando fue baleado por dos sujetos desconocidos que se movilizaban en una motocicleta, quienes le ocasionaron heridas que le produjeron la muerte.

C. Radicado 33033. Se sabe de autos que el día tres (3) de enero de 1995 por la carretera que conduce de Santa Marta a Riohacha, a la altura de la Estación Trujillo Kilómetro 20, un taxi de placas UQM 836, conducido por JUAN MANUEL BELEÑO, interceptó la camioneta Toyota donde viajaban los esposos WAKED NASSER, acompañados de sus cuatro hijos; los desconocidos que se transportaban en el automóvil de servicio público tras detener la marcha del matrimonio, les propinaron varios disparos causándole la muerte a JAMEL WAKED y SAMIRA NASSER DE WAKED.

Posteriormente fue capturado JUAN MANUEL BELEÑO mientras conducía el taxi aludido, siéndole hallado un revólver marca Llama calibre .38 sin numeración, dos proveedores para fusil galil con treinta (30) cartuchos cada uno y treinta y cuatro (34) cartuchos calibre 9 mm”.

1. Radicación N°. 25.187

En relación con el secuestro de los señores José Francisco Valdeblánquez Leveté y Edwin Rafael González Llerena la Fiscalía Delegada ante la Unidad Especial Integrada de Policía Judicial ordenó adelantar investigación preliminar el 13 de diciembre de

1994.

Como resultado de tales diligencias, un Fiscal Regional de Barranquilla decretó la apertura de instrucción el 15 de febrero de 1995. El siguiente 28 del nombrado mes fue practicado el levantamiento de los cadáveres de Valdeblánquez y González.

La actuación fue avocada por un Fiscal de la Unidad Antiextorsión y Secuestro de Bogotá, el 28 de abril de 1995.

Capturado Fernando Miguel Pérez Hoyos, fue vinculado mediante indagatoria el 1º de diciembre de 1995 y con resolución del siguiente 14 del mismo mes, la fiscalía le impuso medida de detención por los delitos de homicidio agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y simulación de investidura o cargo. En la misma providencia el Fiscal Regional declaró que no era competente para conocer del proceso y dispuso su remisión al Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito. La mencionada medida fue revocada por el Fiscal 34 de la Unidad 3ª de Vida de esta ciudad el 8 de febrero de 1996.

Posteriormente la investigación fue reasignada a un fiscal Regional adscrito a la Unidad Nacional de Derechos Humanos.

Jatin Arnulfo Pinto Vásquez fue indagado el 8 de octubre de 1997 y con proveído del 15 de octubre se le impuso medida de detención por los delitos de homicidio agravado, secuestro simple agravado y concierto para delinquir.

Con resolución del 12 de noviembre de 1997 la fiscalía declaró personas ausentes a ALBERTO ORLANDEZ GAMBOA, JULIO ANNICHIARICO SANTRICH, ROGER ELIÉCER POMBO ORTEGA y GERMAN ALBERTO LIBONATY PIMIENTA; con la del 10 de diciembre de 1997 estos procesados fueron afectados con medida de detención por las mismas especies delictivas imputadas a Pinto Vásquez.

Como POMBO ORTEGA fuera capturado el 5 de marzo de 1998, rindió indagatoria el 9 de los mismos mes y año. El 11 de marzo de 1998 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó las decisiones del 15 de octubre y del 10 de diciembre de 1997.

Por haber sido capturado el 12 de marzo de 1998, JULIO CÉSAR ANICHIARICO SANTRICH fue escuchado en indagatoria el 17 de marzo.

La investigación fue clausurada de modo parcial respecto del procesado JATIN ARNULFO PINTO VÁSQUEZ el 14 de abril de 1998. Lograda la captura de GERMAN ALBERTO LIBONATTI PIMIENTA, la fiscalía lo escuchó en indagatoria el 22 de abril de la señalada anualidad. El 14 de mayo siguiente se clausuró el ciclo instructivo respecto de los demás procesados.

El 26 de mayo del mencionado año un Fiscal Regional de Bogotá acusó a JATIN ARNULFO PINTO VÁSQUEZ como presunto responsable de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, concierto para delinquir con fines de sicariato y secuestro simple, decisión que fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional el 26 de agosto de 1998. Un Juez Regional de Barranquilla asumió el conocimiento del juicio el 5 de noviembre de 1998.

ALBERTO ORLANDE GAMBOA es capturado el 6 de junio de 1998.

Con resolución del 11 de septiembre de 1998, la fiscalía acusa a ALBERTO ORLANDE GAMBOA, JULIO CESAR ANICHARICO SANTRICH, GERMAN ALBERTO LIBONATTY PIMIENTA y ROGER ELIÉCER POMBO ORTEGA como presuntos responsables de los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir con fines de sicariato y secuestro simple

Como el defensor de ORLANDE GAMBOA desistió del recurso de apelación que había interpuesto contra la decisión acabada de mencionar, la oficina instructora ordenó

enviar los originales de la actuación al Juez Regional de Barranquilla, quien asumió el conocimiento del juicio el 16 de diciembre de 1998. Luego, con resolución del 20 de enero de 1999, la Unidad Delegada de Fiscalía ante el Tribunal Nacional revocó la acusación proferida contra ROGER ELIÉCER POMBO ORTEGA, GERMAN ALBERTO LIBONATTY PIMIENTA y JULIO ANNICHIARICO SANTRICH y en su lugar ordenó la preclusión de instrucción respecto de estos procesados.

Por medio de la resolución N°. 664 del 14 de septiembre de 1999 emanada del por entonces denominado Ministerio de Justicia y del Derecho, se varió la radicación del proceso adelantado contra ALBERTO ORLANDE GAMBOA y JATIN PINTO SÁNCHEZ, la cual se fijó en un Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá. El conocimiento fue avocado, entonces por el 3º de esa categoría el 29 de octubre del nombrado año.

Mediante providencia del siguiente 25 de noviembre, el citado despacho judicial decretó la acumulación de esta causa con la N°. 9021500 (390501) en la cual se había acusado a ORLANDE y PINTO el 19 de julio de la anualidad citada por los delitos de homicidio agravado en la persona de Hugo Sarmiento de Pindray, en concurso con porte ilegal de armas.

Con la calendada el 11 de mayo de 2000, el a quo ordenó la acumulación de las dos causas arriba mencionadas con la N.º 2000-003 (33033) toda vez que dentro de ésta se profirió acusación el 5 de agosto de 1999 contra ORLANDE GAMBOA, CAMILO ROJAS MENDOZA, ADAN ROJAS OSPINO, ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL, LIAN DAVID POLO OBISPO y GEOVANNI ESPINOSA VALENCIA por los delitos de homicidio agravado del que fueron víctimas Jamel Waked y Zamira Nasser de Waked, porte ilegal de armas de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares y conformación de grupos paramilitares (este último imputado a ORLANDE, ROJAS MENDOZA y ROJAS OSPINO), decisión confirmada el 28 de octubre de 1999 y modificada en el sentido de retirar el cargo por porte ilegal de armas de fuego de defensa personal respecto de CAMILO ROJAS OSPINO.

2. Radicación N°. 390.501

La muerte violenta de Hugo Sarmiento de Pindray dio lugar a que un Fiscal Regional con sede en esta ciudad abriera la instrucción el 18 de agosto de 1998.

Luego de que fueron vinculados en debida forma, mediante resolución del 27 de enero de mil novecientos noventa y nueve la fiscalía decretó la detención preventiva de JULIO CÉSAR ANNICHIARICO SANTRICH, GERMAN ALBERTO LIBONATTY PIMIENTA, ROGER ELIÉCER POMBO ORTEGA, ALBERTO ORLANDE GAMBOA y JATIN ARNULFO PINTO VÁSQUEZ como presuntos coautores intelectuales del homicidio agravado en Hugo Sarmiento Pindray, en concurso con el delito de porte ilegal de armas de fuego. Esta determinación fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca el 31 de marzo de 1999.

Clausurada la investigación el 8 de junio de 1999, su mérito fue calificado por la fiscalía el 19 de julio del mismo año en la forma como se señaló en el párrafo anterior de este recuento, resolución en la cual precluyó la instrucción respecto de ROGER ELIÉCER POMBO ORTEGA, GERMAN ALBERTO LIBONATTY PIMIENTA y JULIO CÉSAR ANNICHIARICO SANTRICH.

3. Radicación N°. 33.033

Por la muerte de los esposos Waked se adelantó un proceso que culminó con la condena de JUAN MANUEL BELEÑO GONZÁLEZ y WILMER ENRIQUE DÍAZ CABARCAS como responsables de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas. En el fallo de primera instancia del 30 de enero de 1997 se ordenó compulsar copias para establecer la posible participación en los sucesos de ALBERTO ORLANDE GAMBOA, LIAN DAVID POLO OBISPO, EDUARDO VENGOECHEA MOLA y otros miembros de la Policía Nacional y del Unase.

Un Fiscal de la Unidad Especializada de Terrorismo declaró abierta la investigación el 6 de noviembre de 1998. El 2 de diciembre de 1998 vinculó mediante indagatoria a ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL, a quien con providencia del 7 del mismo mes le impuso medida de detención por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas.

Escuchados en indagatoria LIAN DAVID POLO OBISPO y ALBERTO ORLANDE GAMBOA, la fiscalía los afectó con detención preventiva mediante sendas resoluciones del 4 de enero de 1999, al primero por las mismas especies delictivas imputadas a RODRÍGUEZ CARVAJAL, y al segundo, además, por el delito de conformación de grupos paramilitares.

Del mismo modo, luego de vincularlos mediante indagatoria, el organismo instructor impuso medida de detención contra GEOVANNY ESPINOSA VALENCIA y ADÁN ROJAS OSPINO por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas, y respecto de ROJAS por conformación de grupos paramilitares, según providencia del 10 de febrero de 1999. Con la del 19 de febrero siguiente fue afectado con la misma medida CAMILO ROJAS MENDOZA por los tres delitos acabados de mencionar.

Con providencia del 7 de abril de 1999 se clausuró la investigación, cuyo mérito fue calificado el 5 de agosto del citado año con acusación contra ALBERTO ORLANDE GAMBOA, CAMILO ROJAS MENDOZA, ADÁN ROJAS OSPINO, ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL, LIAN DAVID POLO OBISPO y GEOVANNY ESPINOSA VALENCIA como partícipes responsables de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas; además, a ORLANDE y a los ROJAS se les imputó el delito de conformación de grupos paramilitares, mientras que a POLO OBISPO el de encubrimiento por favorecimiento.

La anterior decisión fue confirmada por la Unidad Delegada de Fiscalía ante la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá el 28 de octubre de 1999, con la modificación de retirar el cargo por porte ilegal de armas de defensa personal a CAMILO ROJAS OSPINO.

4. Después de acumulados los procesos y de superar algunas incidencias procesales, el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad profirió sentencia de primera instancia el 12 de octubre de 2001, en la cual absolvió a LIAN DAVID POLO OBISPO del cargo de encubrimiento por favorecimiento y a ALBERTO ORLANDE GAMBOA de las imputaciones por los homicidios de José Francisco Valdeblánquez Levette, Edwin Rafael González Llerena, Hugo Sarmiento de Pindray, Samira Nasser de Waked y Jamel Waked Waked, lo mismo que por el secuestro de Valdeblánquez y González Llerena.

En el mismo fallo condenó a ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL, LIAN DAVID POLO OBISPO y GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA a la pena principal de 32 años de prisión como coautores del delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo, en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; a ADÁN ROJAS OSPINO y CAMILO ROJAS MENDOZA como coautores de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el de conformación de grupos paramilitares, a 36 años de prisión; y a ALBERTO ORLANDE GAMBOA como autor responsable de conformación de grupos paramilitares, a 19 años de prisión.

La anterior sentencia fue confirmada por el tribunal el 25 de junio de 2002, al desatar el recurso de apelación interpuesto por CAMILO ROJAS MENDOZA y GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA, por el defensor de éste, y por los asistentes técnicos de ALBERTO ORLANDE GAMBOA y LIAN DAVID POLO OBISPO.

LAS DEMANDAS

1. Demanda presentada en nombre de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA.

Cargo primero. Nulidad

Con fundamento en la causal tercera de casación, el demandante acusa la sentencia de segunda instancia de ser violatoria del debido proceso, garantía a la cual vincula el principio de investigación integral, con desmedro de los artículos 29 de la Constitución Política, 6º y 20 del Código de Procedimiento Penal y 6º de la Ley 599 de 2000, así como de las leyes 24 de 1968 y 16 de 1972.

El casacionista empieza por definir el debido proceso y señalar los principios que lo integran, con especial relevancia del de investigación integral, en cuya virtud el funcionario judicial debe materializar el de igualdad para obtener tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, con observancia de las pautas orientadoras de la aducción probatoria.

El fallo acusado transgredió el principio de investigación integral en perjuicio de los intereses de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA, prosigue el censor, al confirmar la sentencia de primer grado que se profirió en contra de éste por los punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas y de defensa personal, fundándose en el cuestionable testimonio de los sindicados BELEÑO GONZÁLEZ y RODRÍGUEZ CARVAJAL, quienes mintieron para sustraerse del juicio de responsabilidad penal. De esa manera se profirió sentencia sin antes eliminarse la causal de nulidad aducida.

El desconocimiento del nombrado principio de investigación integral condujo a que se produjera una ausencia de pruebas que habrían desvirtuado la tardía sindicación que hizo JUAN MANUEL BELEÑO GONZÁLEZ con el propósito de obtener beneficios judiciales.

Tanto instructor como juzgador, agrega el demandante, tenían la obligación de recaudar los testimonios de los integrantes de la Unidad Antiextorsión y Secuestro -UNASE- de Santa Marta que estaban asignados a esa unidad en la época

en que ocurrieron los homicidios investigados –los de los esposos WAKED-, toda vez que el C.T.I. había establecido los nombres de quienes estaban adscritos a esa regional. Se trata del mayor del Ejército Álvaro Escobar Sarazty, comandante; subteniente Nelson Chaparro Chaparro, sargento Arístides Rendón Peña, cabo primero Pedro Nel Guerrero Barreto; cabo segundo Oscura Darío Uribe Álvarez, cabo segundo Germán Castro Pinzón; los detectives del D.A.S. Jesús Miguel Gelvez González, Hoover Iván Bernal Rodríguez, Fausto Alberto Romero Ríos, José David Sanabria Fajardo, Brígido Blanco Parra, Salomón Chavarro Jaimes, Edgar Alberto Cevallos Torres y Leonardo Naranjo Henao.

El actor sostiene que esas personas habían podido dar cuenta de las actividades desarrolladas por ESPINOSA VALENCIA la tarde del 3 de enero de 1995, lo mismo que de lo que hicieron los detectives conductores de las camionetas Luv blancas asignadas al UNASE en esa fecha; del mismo modo, habrían podido precisar si otros organismos de seguridad tenían asignadas camionetas de color blanco marca Mazda, en una de las cuales se movilizaba el detective mencionado por ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL y no en una Luv como lo sostuvo Beleño González.

Del mismo modo apunta el impugnante que el instructor y el juez de conocimiento debieron escuchar la declaración del detective del D.A.S. Denys Robins, quien también conducía una camioneta Luv blanca asignada a esa entidad y que estuvo en actividades laborales el día de los hechos, según lo informó el C.T.I. Agrega que el investigador se limitó a demostrar que el procesado ESPINOSA estaba de servicio en esa fecha y que manejaba uno de los vehículos, pero no constató los otros automotores y conductores que se hallaban de servicio tal jornada, para efectos de aclarar si lo que sostuvo Beleño tenía fundamento, máxime que en el fallo se acepta que aquél, ESPINOSA, se encontraba en el municipio de Pivijay (Magdalena) en comisión oficial.

También sostiene que debió ser objeto de averiguación la identidad del personaje

señalado como el “Turco Jimmy”, de quien se dijo fue el encargado de indicar el vehículo en el cual se movilizaban las víctimas, para que aclarara la actividad realizada el día de los hechos, quiénes lo acompañaron, los lugares donde estuvo, datos que permitirían el sentido del fallo al descartar la intervención de ESPINOSA como coautor de la conducta punible que se le imputó.

Reitera que los falladores de las instancias se conformaron con las manifestaciones tardías y cuestionables de Beleño, las cuales califica de mentirosas así como dirigidas a eludir su propia responsabilidad, circunstancias que hacían imperioso aclarar cómo un coautor como él no conociera a ESPINOSA VALENCIA de quien se dice tiene la misma calidad. No se puede entender que en una empresa delictual común como se dijo en la sentencia de primera instancia, tuviera coautores que no se conocieran entre sí, lo cual se confirmó en la vista pública cuando Beleño no pudo establecer quién era ESPINOSA a pesar de haberlo tenido frente a sí.

De esa manera, las pruebas que los funcionarios judiciales dejaron de practicar tenían la aptitud de establecer las actividades de ESPINOSA al interior del DAS, de demostrar que éste no se conocía con Beleño y que, por tanto, no es posible sostener coautoría, máxime si el a quo sostuvo que “en momento alguno se ha señalado como ejecutor material del reato investigado a ESPINOSA VALENCIA”. La aducción de los elementos probatorios que echa de menos habría permitido llegar a la verdad real, pues Beleño guardó mutismo durante sus apariciones procesales y sólo cuando tuvo una condena a cuerdas de 50 años, decidió a última hora involucrar a quien nunca había sido mencionado en el proceso.

Esa omisión genera nulidad del proceso por quebranto del debido proceso, porque al proferirse sentencia condenatoria se afectaron caros principios a cuya protección y amparo tiene derecho ESPINOSA, como los de presunción de inocencia y libertad.

Si los funcionarios judiciales hubiesen actuado con serenidad, prudencia e imparcialidad, frente a las acusaciones de Beleño debieron interesarse por aclarar todas las circunstancias en que se produjo la supuesta participación de ESPINOSA, ya que el juicio de responsabilidad se basa en una afirmación contradictoria de Beleño, quien dijo haberse enterado de esa situación por una conversación que sostuvo en la cárcel con otro procesado, Díaz Cabarcas, así como en lo manifestado por ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL, quien en contradicción con Beleño señala a ESPINOSA como conocedor de la acción que se iba a ejecutar.

Al censor se le antojan esas referencias altamente cuestionables, porque no permiten deducir la clase de participación que pudo tener ESPINOSA, pues el simple hecho de haberse encontrado con los homicidas no es suficiente para sostener que fue un determinador, un autor material o un cómplice, o alguien por completo ajeno a los hechos. Por eso la investigación tenía que dirigirse a establecer ese punto, habida cuenta que deja mucho que pensar una coautoría cuando aquél no estuvo en el escenario de los sucesos ni fue reconocido por Beleño.

El censor también observa que la imputación que le hizo el ex sargento ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL a ESPINOSA es sospechosa, porque aquél fue capturado tres años después de que su compañero DÍAZ CABARCAS había sido condenado, es decir, cuando numerosos policías estaban enterados de los pormenores de tal sentencia y de la magnitud de la pena, lo que llevó a RODRÍGUEZ a ubicarse como un pasivo personaje en la escena de los hechos, a donde fue llevado bajo engaños, y para buscar un menor grado de compromiso decidió sindicar a terceros, entre ellos a ESPINOSA, de quien para ese momento ya tenía los datos recogidos por Beleño. Esas sospechosas sindicaciones demandaban de los funcionarios judiciales una actividad imparcial para esclarecerlas, pero nada hicieron a fin de averiguar lo que favorecía al procesado.

Reitera el recurrente sus críticas sobre la falta de claridad que existe en torno a la

existencia de dos camionetas blancas marca Luv destinadas por el D.A.S. al servicio del UNASE de Santa Marta, una de las cuales estaba a cargo de ESPINOSA, en el sentido de que no se estableció quién conducía la otra, como tampoco se tuvo en cuenta que ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL dijo en su indagatoria que el automotor que vio en desarrollo de los hechos era una camioneta marca Mazda, de lo que se debía concluir que la observada por Beleño no era la guiada por ESPINOSA, máxime si se presta atención a que Beleño dijo que vio al conductor en parte del costado izquierdo, es decir, de manera fugaz, lo que se aúna a la circunstancia consistente en que no pudo reconocer a ESPINOSA en la audiencia pública a pesar de tenerlo de presente. Por esta razón califica de desacertadas unas afirmaciones contenidas en la sentencia sobre la tenencia de la camioneta por parte de este procesado, las cuales transcribe.

Del mismo modo acota el casacionista que como Beleño no identificó a GIOVANNI ESPINOSA en su primera versión sino con posterioridad con base en referencia de terceros, debió ser objeto de indagación el motivo por el cual hizo ese señalamiento, lo mismo que la asignación de las camionetas del UNASE y quiénes eran sus responsables para la época de los hechos, con el fin de establecer si la sindicación que hizo BELEÑO era veraz.

De otra parte, el actor asevera que en virtud del debido proceso el juzgamiento de una persona debe desarrollarse con la plenitud de las formas propias, básicas o esenciales de cada juicio y con el derecho de que se verifique su real participación o intervención delictiva mediante pruebas legal, regular y oportunamente allegadas, de acuerdo con el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

El propósito de Beleño era el de obtener beneficios por colaboración eficaz previstos por la Ley 81 de 1993 y modificada por la 365 de 1997, cometido para el cual indagó sobre hechos que no le constaban, que no fueron corroborados y sindicó a personas fáciles de concretar para que tuviese credibilidad, maniobra con la que logró aminorar la enorme

condena que se le había impuesto. Así, queda demostrado que nada se hizo para investigar lo favorable al procesado.

Sobre la trascendencia y relevancia de la omisión de decretar y practicar pruebas conducentes, hace alusión al contenido del artículo 14-3, literal d) de la Ley 74 de 1968, lo mismo que del 8-2, literal f) de la Ley 16 de 1972, consagratorios del derecho que tiene el sindicado para que se interroguen todos los testigos de cargo y de descargo. Estas normas, que hacen parte de instrumentos internacionales, refuerzan la garantía del allegamiento de la prueba a través de una investigación seria e imparcial. En este caso, por el contrario, con la práctica de dos testimonios de las personas que figuraron como autores materiales no es suficiente para llegar a la verdad real, porque no permiten dilucidar todos los pormenores de la forma como se planeó y ejecutó el delito, ni la actividad que en concreto desplegaron cada uno de los coautores.

La violación al principio de investigación integral y, por ende, al debido proceso y al derecho de defensa se consolida, porque tales testigos son vagos e imprecisos y no cuentan con diligencias que los respalden, cuya práctica habría modificado el sentido del fallo. Por esta causa el fallo no está acorde con los criterios de racionalidad e igualdad bajo los cuales debe adelantarse el proceso penal.

Se impone la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del auto que decretó el cierre de la instrucción, para que se de la oportunidad de recaudar las pruebas que refirió el censor, con cuya aducción se modificaría el contenido de la sentencia. Por tratarse de una irregularidad que también afecta el derecho a la defensa, no es subsanable y desquicia la estructura del proceso.

Cargo segundo. Violación indirecta

De manera subsidiaria el demandante ataca la sentencia de segundo grado por violar de manera indirecta la ley sustancial, a causa de errores de hecho y de derecho en la

valoración de las pruebas.

Señala como preceptos sustanciales conculcados los artículos 23, 26, 323, 324 (estos últimos reformados por el artículo 30 de la Ley 40 de 1993), 201 y 202 (modificados por el decreto 3664 de 1986), del Decreto 100 de 1980, los cuales corresponden a los artículos 29 inciso 2º, 103, 104, 365 y 366 de la Ley 599 de 2000, a causa de la violación mediata de los artículos 246, 247, 254 y 294 del Decreto 2700 de 1991 (artículos 232, 235, 237, 238 y 277 del Código de Procedimiento Penal vigente.)

En cuanto al error de derecho precisa que las falencias se produjeron por omitirse la aplicación de las disposiciones adjetivas que regulan el juramento y el testimonio (artículos 33 de la Constitución, 248, 282, 283, 285, 292-1 del Código de Procedimiento Penal derogado; 172 y 173 del Código Penal de 1980; 233, 266, 267, 269 y 276-1 de la Ley 600 de 2000; 442 y 443 del Código Penal de 2000), lo cual dio como resultado el quebranto de las normas sustanciales citadas en el párrafo precedente.

Igualmente se incurrió en error de derecho respecto de un reconocimiento fotográfico con afectación de las citadas normativas de derecho sustancial, por mediar la vulneración del artículo 369 del Decreto 2700 de 1991 (304 de la Ley 600 de 2000.)

1. Error de derecho por falso juicio de legalidad respecto del testimonio de Alveiro Ernesto Rodríguez Carvajal

El censor se duele de la validez que como testimonio los juzgadores le otorgaron a las exculpaciones del procesado ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL, las cuales carecen de validez jurídica porque no se observaron los requisitos legales para que pudieran tener la calidad de testimonio.

De ese modo, el actor precisa que en el acto de continuación de la indagatoria de RODRÍGUEZ CARVAJAL el instructor le preguntó que si se ratificaba bajo la gravedad del

juramento de los cargos que le hacía a ESPINOSA VALENCIA a lo que aquél respondió que sí, pero el fiscal se abstuvo de tomarle el juramento de acuerdo con lo que señalaba el artículo 357 del Decreto 2700 de 1991, equivalente al 337 del vigente. Añade que a RODRÍGUEZ también debió imponérsele los preceptos que regulan el falso testimonio y las respectivas implicaciones jurídicas.

A partir de ese marco el casacionista hace una breve explicación de lo que es el testimonio, acompañada de la manera como se rinde, con especial referencia al requisito del juramento y a las demás amonestaciones que se le hacen al declarante, de acuerdo con los artículos 282 y 285 del Estatuto Adjetivo de 1991, equivalentes a los cánones 266 y 269 del actual.

Luego de citar un pronunciamiento de la Corte sobre las consecuencias que emergen de no tomar juramento a quien formula cargos a terceros en la indagatoria, el demandante comenta que en tal evento el sindicado deja de tener esa calidad y se convierte en testigo, siempre que se cumpla con el rito de advertir la trascendencia del juramento, las consecuencias que se derivan de faltar a la verdad y de interrogar sobre los puntos materia de testimonio. Cuando esto no ocurre, agrega el impugnante, surgen defectos que maculan el acto y hacen que se activen la sanción prevista en el inciso final del artículo 29 constitucional, la cual se activa aquí por la inobservancia de los artículos 269 y 276-1 del Código de Procedimiento Penal.

En conexión con lo anterior, también comenta el censor que de acuerdo con la doctrina, una prueba incorporada con desconocimiento del debido proceso es inexistente, particularidad que tiene como consecuencia que se desestime de análisis, en cuanto la irregularidad no afecta las restantes diligencias. Aclara, así mismo, que las consecuencias de la inexistencia no son similares a las de la nulidad, aserto que apoya con cita de jurisprudencia de la Corte.

Luego afirma que en ninguna parte de la indagatoria de RODRÍGUEZ CARVAJAL aparece que se le haya tomado juramento respecto de los cargos que formuló contra ESPINOSA VALENCIA, omisión que lo lleva a concluir que esa diligencia no tiene la calidad de testimonio sino de mecanismo defensivo de aquél sindicado, oportunidad en la que vertió sus expresiones de inocencia y se mostró ajeno a los hechos.

En este caso era de especial importancia imponer la gravedad del juramento, ya que RODRÍGUEZ CARVAJAL se mostró evasivo y mentiroso, llevado a decir su verdad por la presión del interrogatorio para acusar a terceros en quienes se escudó para sustraerse a su responsabilidad. No fue una actitud espontánea y sincera de colaborar, sino una estrategia defensiva que hacía necesario el apego a las formas legales.

De tal modo, como ese elemento no tenía el carácter jurídico de testimonio se volvió inexistente, razón por la cual no podía ser evaluado por el a quo ni por el ad quem. Se concretó así el falso juicio de legalidad manifestado en el momento en que el juzgador le otorgó un valor determinante al considerarlo que se ajustó a las exigencias legales de producción.

En este asunto la relación de medio a fin se presenta, porque ante la evidente ausencia de los requisitos de validez y existencia del testimonio de RODRÍGUEZ CARVAJAL, no podía ser tenido en cuenta como fundamento de imputación jurídica y de responsabilidad, como se hizo en la sentencia acusada.

Al suprimirse del proceso lo expresado por RODRÍGUEZ como consecuencia de reconocerse que no es prueba de cargo, queda en suspenso la certeza que exige la ley para proferir fallo de condena y surge la duda a favor del enjuiciado, máxime cuando de tales manifestaciones no se puede deducir un argumento serio para edificar la responsabilidad penal. De esa manera se desdibuja el principal fundamento del fallo atacado.

2. Error de derecho por falso juicio de legalidad respecto de un reconocimiento

fotográfico realizado por Alveiro Ernesto Rodríguez Carvajal

El casacionista reprocha que los juzgadores hayan tomado como argumento de incriminación y responsabilidad de ESPINOSA VALENCIA, el irregular reconocimiento fotográfico que hizo ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL, como lo demuestra con la cita de los segmentos pertinentes de las sentencias en los cuales se alude al mencionado reconocimiento.

Apunta que a ese reconocimiento fotográfico los juzgadores le dieron el carácter de prueba independiente y le otorgaron credibilidad probatoria, a pesar de que está viciado por no satisfacer las formas del debido proceso previstas en el artículo 369 del Decreto 2700 de 1991. Se trata de una prueba nula de pleno derecho de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución.

Subraya que de acuerdo con la norma adjetiva citada, el reconocimiento fotográfico debe hacerse con la presencia del Ministerio Público, sobre todo cuando quien se pretende reconocer no es sujeto procesal y no tiene defensor que asegure que la diligencia se realice con las formalidades legales, así como que debe efectuarse sobre seis fotografías.

Nada de eso se cumplió en el mencionado acto, lo que hace evidente el error de derecho en el cual incurrió el tribunal cuando aceptó y acogió el medio de convicción señalado. De esa manera se desnaturalizó el fundamento argumental del fallo. Por tanto, si se descarta la prueba, el sentido de la decisión sería diverso, porque, de un lado, Beleño nunca reconoció a ESPINOSA, de otro, los errores en la práctica del reconocimiento impiden aceptarlo como elemento probatorio y, de paso, se le quita cimiento a la declaración de RODRÍGUEZ.

Como la prueba que se obtiene con desconocimiento de los derechos fundamentales y de las formas de validez es ilícita, irregularidad que reporta su inexistencia en cuanto

imposibilita tenerla como fuente de incriminación, de aceptarse la presencia de los comentados errores de hecho, debe concluirse que los demás elementos de convicción son insuficientes para mantener el fallo, por lo cual surge la necesidad de casarlo para sustituirlo por uno absolutorio.

3. Error de hecho por falso juicio de identidad respecto del testimonio de Alveiro Ernesto Rodríguez Carvajal

De aceptarse que el testimonio de RODRÍGUEZ CARVAJAL se allegó con arreglo a las formas legales, el censor propone de modo subsidiario que los juzgadores le dieron un alcance por completo diferente a lo que expresa el medio de prueba.

Observa que en el fallo de primer grado se tuvo la declaración de ALVEIRO RODRÍGUEZ como cierta y mendaz a la vez. Lo primero, en lo que tiene que ver con el señalamiento que hizo de ESPINOSA, por resultar coincidente con las manifestaciones que en el mismo sentido expresó Beleño; lo segundo, por el deseo de evitar su compromiso con el delito.

El actor transcribe el aparte de lo afirmado por RODRÍGUEZ y que se tuvo como ajustado a la verdad en torno al encuentro con GIOVANNI ESPINOSA, así como lo que discurrieron el a quo y el tribunal sobre el particular, para sostener de esa confrontación que de lo sostenido por aquél no se desprenden las conclusiones fijadas por los juzgadores, porque en ningún momento manifestó que el doble homicidio de los Waked Nasser fue la consecuencia de un plan, de una comunidad de designio con división de trabajo y clara asignación de funciones a ESPINOSA.

A su modo de ver, el testimonio de ALVEIRO RODRÍGUEZ demuestra todo lo contrario, pues dijo que no sabía a qué fue al lugar de los hechos y que, salvo a Díaz Cabarcas, no conocía a las otras personas que se movilizaban con él en el taxi, lo cual reiteró a lo largo de la indagatoria.

A pesar de las mentiras de RODRÍGUEZ, detalladas en la resolución que resolvió su situación jurídica, en ningún momento ubicó a ESPINOSA como autor material o como ideador de un acuerdo de voluntades para ejecutar la execrable acción, ni aludió a la existencia de un plan con división de trabajo, como deducen de esa prueba tanto el juzgado como el tribunal.

A partir de expresiones de RODRÍGUEZ, opuestas a las de Beleño, en el sentido de que vio a GIOVANNI cuando hablaba con el agente Cabarcas y lo que le dijo a éste, el censor afirma que si aquél no sabía el real objetivo de los tripulantes del taxi en el que se movilizaba ni conocía el plan, por qué se agrega o adiciona el sentido de la prueba para suponer que ESPINOSA es coautor.

De ese modo se desquicia el contenido del fallo porque se puso a decir al testigo lo que no dijo, por darle a su testimonio gran credibilidad y tenerlo como fundamento de la imputación jurídica. El fallador desarticuló lo expresado por RODRÍGUEZ para concluir de manera equivocada que éste había señalado a ESPINOSA como autor. Si no se incurre en ese error, no se habría colegido que de la declaración de ALVEIRO se podía acreditar la coautoría del procesado, porque las restantes pruebas demuestran que no estuvo en el lugar del hecho ni desplegó conducta alguna.

El error es relevante y trascendente para socavar el sentido lógico de la sentencia, ya que si se toman de modo textual las declaraciones de RODRÍGUEZ debe aceptarse, como lo hizo el a quo, que ESPINOSA no es coautor de los delitos que se le atribuyeron.

4. Error de hecho por falso juicio de identidad respecto del testimonio de Juan Manuel Beleño González

El casacionista empieza por sostener que el principal fundamento probatorio del fallo contra ESPINOSA fue la declaración de Juan Manuel Beleño González, a quien se le dio absoluta credibilidad, en especial porque corroboraba lo sostenido por ALVEIRO

RODRÍGUEZ respecto a que vio a GIOVANNI dentro de la camioneta blanca, como lo señaló el juez corporativo y el de primer grado, cuyas respectivas consideraciones transcribe.

Hace hincapié en que el tribunal encontró que en sus diferentes apariciones no tuvo incoherencia ni mostró interés en involucrar a una persona ajena a los hechos investigados, ni su intención de colaborar con la justicia respondía al propósito de obtener beneficios y que las diferencias se explican por la particular percepción de lo sucedido. También señala que el ad quem hizo un recuento de las distintas intervenciones de Beleño, para darle credibilidad y extraer de allí evidencia incriminatoria, a pesar de que concluyó que éste no sabe quién es GIOVANNI ESPINOSA.

El error incide en el contenido material de la prueba, porque Beleño en ningún momento expresó que ESPINOSA fuera coautor de las conductas punibles que se le imputan o que hubiese participado en la elaboración del plan. Las imputaciones a terceros las hizo después de que fue condenado a 50 años de prisión, cuando acudió a los beneficios por colaboración eficaz previstos en la Ley 81 de 1993, lo cual no hizo dentro del proceso que se le siguió por el homicidio de los esposos Waked Nasser.

Puntualiza que en la inicial entrevista del 13 de enero de 1998 Beleño no mencionó a GIOVANNI, apenas hizo referencia a un agente del D.A.S. que no identifica y que tampoco señala como coautor del delito. La alusión al agente del D.A.S. que hizo en esa oportunidad no implica un dominio del hecho, ni una contribución dolosa y voluntaria encaminada a cometer delitos. No se comprende por qué si Beleño sabe tanto y es coautor, no conoce al copartícipe que nombra como agente del D.A.S.

En la ampliación de declaración del 28 de mayo de 1998 Beleño menciona a GIOVANNI ESPINOSA pero sin ubicarlo como coautor del homicidio; simplemente agrega que conoció otros detalles por averiguaciones que hizo después de su inicial versión, lo cual

ilustra el casacionista con la cita textual del aparte respectivo del testimonio. Sobre estas expresiones el demandante afirma que las instancias dedujeron de manera equivocada la coautoría de ESPINOSA por tergiversar la prueba, pues Beleño no podía reconocerlo ni se demostró que el enjuiciado estuviera presente en el lugar de los hechos o planeara su ejecución. Además, Beleño transmitió lo que conoció de oídas de otras personas.

Por eso, lo que se deriva del testimonio de Beleño es que quien acompañaba al “Turco Jimmy” no era GIOVANNI ESPINOSA, pues no lo pudo reconocer cuando lo tuvo enfrente.

Los anteriores errores de hecho por falso juicio de identidad son trascendentes, pues si se acogen de modo textual las manifestaciones de ALVEIRO RODRÍGUEZ se tiene que aceptar que GIOVANNI ESPINOSA no es coautor de los delitos que se le imputaron. Lo mismo ocurre con la aprehensión de las declaraciones de Beleño, a partir de las cuales los juzgadores aludieron a un plan, a una empresa criminal, a la cual no hizo mención el mencionado Beleño. Si se sustrae este error, el fallo habría tenido un sentido totalmente diferente, esto es, absolutorio.

Reitera que los juzgadores pusieron en boca de RODRÍGUEZ y Beleño expresiones que no pronunciaron, para deducir con fundamento en ellas una coautoría que no está demostrada dentro del proceso y que, incluso, descartó el juez de primera instancia en una de sus providencias.

Si se acepta que el fallo impugnado ostenta los errores postulados, debe concluirse de modo inexorable que las demás pruebas no son suficientes para mantener el fallo de condena. Por tal razón, solicita se case y en su lugar se absuelva a GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA de los cargos que se formularon en su contra.

2. Demanda presentada en nombre de ALBERTO ORLANDE GAMBOA

Cargo principal. Violación directa

Con fundamento en el artículo 207-1 del Código de Procedimiento Penal el casacionista denuncia la sentencia de segunda instancia por violar de manera directa, por aplicación indebida, el artículo 341 del Código Penal y por falta de aplicación de los artículos 9º y 10º ibídem, toda vez que considera que se presenta un fenómeno de atipicidad sobreviniente de la conducta imputada.

Para demostrar la censura el demandante comenta que desde el momento en que se ordenó compulsar copias para investigar a ORLANDE GAMBOA, una de las imputaciones fue la de conformación de grupos paramilitares, conducta que tipificaba el artículo 6º del decreto 2266 de 1991, que adoptó como legislación permanente el 1º del decreto legislativo 1194 de 1989.

Destaca la manera como ORLANDE GAMBOA fue interrogado y se concretó la imputación en la indagatoria del 30 de diciembre de 1998, respecto de la financiación del grupo paramilitar dirigido por ADÁN ROJAS OSPINO, el cual fue encargado de ejecutar la muerte de los esposos Waked.

Así mismo, observa que al resolverse la situación jurídica se profirió medida de aseguramiento en contra de ORLANDE por los delitos de homicidio agravado, porte ilegal de armas de uso privativo y de defensa personal y conformación de grupos paramilitares, oportunidad en la que se hizo referencia al financiamiento de esa agrupación ilícita, como destaca en el extracto de aquella resolución que copia. Esta adecuación típica, prosigue, se mantuvo al calificarse el mérito del sumario, con las mismas consideraciones relacionadas con anterioridad, esto es, que ORLANDE GAMBOA financiaba la organización al margen de la ley dirigida por ADÁN ROJAS.

La conducta atribuida al procesado, de acuerdo con lo anterior, era la que contemplada el artículo 1 del decreto 1194 de 1989, la cual se concretaba en financiar la organización paramilitar encabezada por Adán Rojas Ospino.

A ORLANDE GAMBOA lo condenó el a quo por el delito de entrenamiento para actividades ilícitas tipificado por el artículo 341 de la Ley 599 de 2000, con la tesis según la cual esta denominación es el nombre que le asignó la nueva legislación al delito que preveía el artículo 1º del decreto 1194 de 1989.

Después de citar de modo textual el artículo 1º del decreto 1194 de 1989 y 341 del Código Penal de 2000, hace lo mismo con el artículo 3º de aquél decreto denominado entrenamiento para actividades ilícitas, al observar que el a quo consideró que el delito de conformación de grupos paramilitares simplemente había cambiado de nombre.

El anterior ejercicio le permite afirmar que el delito tipificado por el decreto 1194 de 1989 no corresponde al actual 341 del Código Penal, mientras que éste sí tiene absoluta correspondencia con el 3º del mencionado decreto. De este modo, asevera que el juzgador de primer grado desconoció que la Ley 599 de 2000 dejó de considerar la financiación de grupos paramilitares como conducta punible cuando es realizada por una sola persona, y que el financiar grupos armados al margen de la ley es punible cuando se actúa en concertación con varias personas, es decir, cuando se concreta un concierto para delinquir de acuerdo con el artículo 340 del nuevo Código Penal, el cual transcribe.

A partir de ese cambio de normatividad el recurrente precisa que la conducta tipificada por el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989 por la cual se acusó a ORLANDE, no fue reemplazada por el 341 del Código Penal vigente como de manera errónea lo afirmaron los juzgadores, sino que la conducta se descriminalizó cuando no es realizada de manera concertada. Por tanto, no es posible mantener la sanción penal, porque se violaron los principios de legalidad y taxatividad de tipo penal, amén del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Observa que en la sentencia de primer grado se admitió que la norma derogada tenía varios verbos rectores que fijaban el alcance de la actividad ilícita, como el de financiar grupos paramilitares, y que aceptó que la mayoría de verbos rectores contenidos en el artículo 1º del decreto 1194 de 1989 desaparecieron, mas no el verbo organizar. Destaca las reflexiones del a quo en torno a que las actividades de promover, financiar, dirigir y fomentar quedaron cobijadas por la acción más comprensiva de organizar, razón por la cual no puede sostenerse que la financiación de grupos de sicariato, de escuadrones de la muerte o de justicia privada sean comportamientos que devienen atípicos por la simple circunstancia de que se haya cambiado la denominación de la conducta o las inflexiones de los verbos correspondientes.

Llama la atención en el sentido de que el tribunal no confirmó la tesis del juzgado, surgiendo una disparidad que el censor explica en el afán de amoldar la conducta al tipo penal del artículo 341 del Estatuto Punitivo, conforme lo realza al extractar la respectiva argumentación que discurre sobre la sinonimia entre financiar y suministrar y entre éste y equipar, última por la que debe responder ORLANDE GAMBOA ya que está contenida en la preceptiva citada. Para el casacionista resulta un despropósito la equiparación entre financiar y equipar, pues tiene significados diferentes, y porque si el legislador hubiese querido que la conducta de financiar permaneciera, simplemente hubiese mantenido el tipo para que no hubiera lugar a confusiones y no quedara al arbitrio del operador fijar las conductas que se le ocurrieran a fin de dejarlas como sinónimas del verbo financiar.

Ante ese marco, el censor se ocupa en exponer cuáles son los significados de organizar y financiar, luego de lo cual sostiene que la conducta de financiar es por completo autónoma, que el artículo 1º de decreto 1194 de 1989 la colocó junto con la de promover, organizar, dirigir, fomentar y ejecutar, y que de no ser así, habría bastado con que el legislador utilizara un solo verbo que abarcara todas esas acciones. Por eso no se puede pretender que el verbo rector organizar contenido en el

artículo 341 del Código Penal contenga todas las conductas previstas en aquella normativa, porque se quiebra de modo ostensible el principio de tipicidad.

Destaca que el tipo penal por el cual fue condenado ORLANDE GAMBOA no es nuevo como se sostiene en la sentencia, toda vez que estaba previsto en el artículo 3º del decreto 1194 de 1989, motivo por el cual si estaba acusado de conformación de grupos paramilitares en la modalidad de financiar, no se le imputó el de entrenarlos, delito por el cual fue condenado finalmente.

El tribunal incurre en ostensible error cuando asimila el verbo financiar con equipar, pues como se deduce de sus respectivos significados, financiar es aportar dinero y equipar es dotar de cosas que se necesitan. Financiar sólo se refiere a dinero y es un término excluyente, mientras que equipar se refiere a aprovisionar de cosas necesarias.

De esa manera concluye el actor que el verbo organizar no subsume el de financiar ni éste es igual a equipar, como lo sostuvieron los juzgadores. Esas apreciaciones denotan subjetividad que contraviene el principio de legalidad.

También sostiene el casacionista que el tipo penal por el cual se acusó a ORLANDE tenía una teleología específica en cuanto reprimía las conductas de promover, financiar, organizar, dirigir, fomentar o ejecutar actos tendientes para la formación de grupos armados, bandas de sicarios, mediante la configuración de diferentes comportamientos; en cambio, el artículo 341 de la Ley 599 de 2000 tiene otra finalidad porque castiga a quien organice, instruya o entrene a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de actividades terroristas, escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicariato.

En suma, los verbos rectores de los mencionados tipos penales describían conductas punibles de forma inequívoca, clara y simple, sin que pueda haber lugar a confusión,

porque el decreto 1194 de 1989 en sus artículos 1º y 3º tipificó de manera separada la creación y financiación de grupos al margen de la ley, y a quienes impartan enseñanza de procedimientos militares a tales grupos.

Resulta incuestionable, por lo anterior, que los juzgadores quebraron el debido proceso y el principio de legalidad en cuanto desconocieron la prohibición de analogía contra reo cuando desbordaron los límites que permiten la interpretación, porque aplicaron el artículo 341 del Código Penal a una supuesto que no está comprendido en ninguna de las hipótesis de su texto, pero análogo a otros que sí los prevé.

Por esta razón, considera que es imperativo concluir, con base en el principio constitucional de legalidad, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, las personas individualmente consideradas, entre ellas ORLANDE GAMBOA, no pueden ser sujetos activos de la conducta punible de financiar grupos al margen de la ley, ya que el legislador reservó esta modalidad a quienes actuaron de manera concertada.

En orden a fortalecer esa posición, cita la sentencia C-996 del 2 de agosto de 2000, la cual hizo un estudio de los principios de legalidad y de tipicidad.

Para terminar afirma que como la sentencia se contrae al cargo por el tipo del artículo 341 del Código Penal y habida cuenta que la conducta que se le imputa a ORLANDE es la de financiar grupos al margen de la ley, que en su momento histórico fue reprimida, en la actualidad la Ley 599 de 2000 no la tipifica de modo aislado sino cuando media concertación, en el concierto para delinquir, comportamiento por el cual aquél fue absuelto. Se produjo, entonces, un fenómeno de atipicidad sobreviniente que amerita la casación del fallo, lo cual así solicita para que se emita el de reemplazo, de carácter absolutorio.

Primer cargo subsidiario. Violación indirecta

El censor lo postula con base en el artículo 207-1, sección 2ª, del Código de Procedimiento Penal, al considerar que los juzgadores incurrieron en errores de apreciación probatoria bajo las modalidades de error de hecho por falso juicio de existencia, error de derecho por falso juicio de legalidad y por falso juicio de convicción en tres oportunidades, en relación con la prueba base del juicio de responsabilidad, los cuales produjeron la aplicación indebida del artículo 341 del Código Penal, así como la falta de aplicación de los artículos 9º y 12 ibídem, y 232- 2º inciso, del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que la sentencia de primera instancia fundamentó la responsabilidad de ORLANDE GAMBOA por el delito de entrenamiento para actividades delictivas previsto en el artículo 341 del Código Penal, con base exclusiva en la declaración de Nicolás Antonio Sierra Palacios, la cual aparece dentro del proceso en dos oportunidades como testigo bajo reserva de identidad con la clave número 002, la cual pudo ser levantada con posterioridad.

La primera fue rendida el 7 de julio de 1994 y allegada al proceso como prueba trasladada; la segunda, fue recibida en la fase de investigación previa, el 6 de noviembre de 1998. De esta prueba dedujo el fallador de primera instancia que ORLANDE financió grupos de justicia privada, en concreto el liderado por ADÁN ROJAS y CAMILO ROJAS, por darle plena credibilidad al testimonio que encontró “contundente, claro, categórico, preciso, armonioso” según las circunstancias que el testigo percibió cuando estuvo infiltrado en la organización al margen de la ley.

De otra parte, el tribunal cimentó el juicio de responsabilidad de ORLANDE GAMBOA en seis medios de prueba que señalan la relación existente entre éste y ADÁN ROJAS: un testimonio rendido bajo reserva de identidad, sin clave, el 15 de abril de 1993; la declaración de un testigo con reserva de identidad, clave 001, del 17 de junio de 1998; el informe de investigación del folio 90 del cuaderno 6; la declaración de la Directora del D.A.S. de Risaralda y de los elementos probatorios que confirman la existencia del

grupo de justicia privada; el testimonio bajo reserva de identidad, clave n.º 002, que dio cuenta del apoyo económico que le daba ORLANDE al grupo paramilitar de ADÁN ROJAS, y la declaración de Nicolás Antonio Sierra Palacios, del 6 de noviembre de 1998, quien resultó ser el mismo testigo anterior y admitió haber declarado sobre los hechos el 7 de julio de 1994.

En suma, son cinco los medios de prueba en que se apoyaron las instancias, porque la declaración de la directora del D.A.S, Regional Pereira, y los restantes elementos probatorios que confirman la existencia del grupo de justicia privada de ADÁN ROJAS forman un bloque, como lo señaló el tribunal.

Agrega que no se configura el fenómeno de la unidad jurídica inescindible entre las dos sentencias, pues la de segundo grado consideró otros medios de convicción como fundamento de la responsabilidad, adicionales a la declaración de Nicolás Antonio Sierra Palacios, única base del a quo, y porque hay disparidad en la apreciación de dos de ellos.

Así sucedió frente al análisis de las declaraciones de los testigos bajo reserva de identidad, uno sin clave y el otro con clave 001, calidad que para el a quo impedía su apreciación, conforme a la sentencia C-392/00, mientras que para el tribunal fueron pruebas que fundamentan la responsabilidad. Frente a ese cúmulo probatorio es que desarrolla los errores pregonados.

Primer error. Lo hace radicar respecto de prueba documental que obra dentro del proceso, por error de hecho por falso juicio de existencia. Explica que en el cuaderno de copias número 20 del proceso que se anexó (25.187) obra la indagatoria rendida por ORLANDE GAMBOA el 29 de enero de 1993 dentro del proceso N°. 16.383, en el que se puede apreciar que estaba privado de la libertad, que fue capturado en Barranquilla y trasladado de inmediato para Bogotá para realizar la citada diligencia. También

aparece que la ampliación de indagatoria se llevó a cabo el 1º de febrero de 1993, momento para el cual estaba en los calabozos de la Dijin. Igualmente obra la resolución por medio de la cual se le resolvió la situación jurídica, así como la del 25 de septiembre de 1995 con la que el Tribunal Nacional confirmó la preclusión de la investigación respecto de aquél. Estos documentos demuestran que ALBERTO ORLANDE GAMBOA estuvo privado de la libertad entre el 26 de enero de 1993 y el 23 de octubre de 1994, y fueron los que resultaron omitidos en el análisis probatorio de los sentenciadores.

Los sentenciadores no evaluaron ese conjunto probatorio, el cual resultaba importante para sopesar la credibilidad que merecía el testigo de cargo de clave número 002, quien resultó ser Nicolás Antonio Sierra Palacios como se supo cuando se levantó la reserva.

Esos documentos y las respectivas constancias procesales nunca fueron cuestionados como para dudar de su contenido; fueron suscritos por distintitos funcionarios públicos, integran el expediente, por lo que no puede decirse que exista elemento que empañe su legalidad o la veracidad de su contenido.

No obstante, los juzgadores hicieron caso omiso de su existencia. De haberlos analizado, se habría concluido que lo expresado por Sierra Palacios, testigo clave número 2, no tenía la credibilidad que se le otorgó para tenerlo como fundamento esencial del fallo atacado.

Hace mención de algunas de las manifestaciones del mencionado testigo, en especial de la denominada ampliación rendida el 6 de noviembre de 1998 cuando dijo que estuvo presente en una reunión que sostuvieron ORLANDE GAMBOA y ADÁN ROJAS en el edificio Ejecutivo de Santa Marta, la cual ocurrió aproximadamente una semana después de que el primero recobrara la libertad. Este aspecto y lo que manifestó en la primera oportunidad (7 de julio de 1994), hace referencia a sucesos que ocurrieron antes de esta última fecha, cuando según el testigo se infiltró en el grupo de Adán

Rojas durante los años 1991 y 1992, sin que obre constancia de que hubiera infiltraciones posteriores.

Sin embargo, dijo que el último contacto con los ROJAS, con Rigoberto, fue en marzo de 1994, y que la nombrada reunión tuvo lugar, de acuerdo con las constancias omitidas, después del 23 de octubre de 1994. Entonces, se pregunta el casacionista, cómo pudo enterarse de ese encuentro si para esta última época ya había perdido contacto con la organización.

Es claro que el testigo miente, que la reunión nunca ocurrió y que, por tanto, no puede dársele credibilidad al citado testigo, quien amparado en su clandestina identidad, movido por extraños intereses faltó a la verdad.

Tal aspecto le resta credibilidad al testigo, añade, pero el juzgador de segundo grado no le dio importancia con la tesis de que la precisión sobre la reunión es indiferente de cara a las restantes revelaciones que contiene. Lo que ocurre es que si se logra demostrar que en un momento de la declaración el testigo mintió de forma evidente, se le debe quitar toda credibilidad y, en consecuencia, su afirmación no puede tenerse como soporte de un fallo de condena.

Segundo error. Consiste en el yerro de derecho por falso juicio de legalidad, estructurado en la apreciación del testimonio de Nicolás Antonio Sierra Palacios, rendido el 6 de noviembre de 1998. Se concreta porque esta prueba se adujo por fuera del término legal para adelantar la investigación preliminar.

De acuerdo con el artículo 324 del derogado Código de Procedimiento Penal, la investigación previa debió realizarse en el término de cuatro meses. En este caso comenzó el 26 de enero de 1998 y apenas el 6 de noviembre del mismo año se abrió la investigación de manera formal. En este caso, el señalado término se extendió a nueve meses y diez días por el simple arbitrio del instructor.

No cabe duda que existía imputado conocido, razón por la cual no había justificación para que se excediera el mencionado término legal de cuatro meses, máximo posible en un asunto de competencia de la justicia regional. Esto tuvo la grave consecuencia de haberse practicado la prueba cuando el funcionario había perdido toda facultad legal para hacerlo.

Recuerda que la investigación previa tuvo su origen en la compulsa de copias que ordenó el Tribunal Nacional en la sentencia del 30 de enero de 1997 mediante la cual condenó a Juan Manuel Beleño González. Tal orden fue contra persona determinada, ALBERTO ORLANDE GAMBOA, razón por la cual si el funcionario optaba por abrir investigación previa, lo que en efecto ocurrió el 26 de enero de 1998, debía adelantarla en el lapso máximo de cuatro meses, de modo que la por fuera del mismo es violatoria del debido proceso y, por tanto, nula de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución.

A pesar de que el legislador señaló ese límite temporal máximo, al cabo de los cuales el operador debía decidir si abría o no investigación, en este caso optó por seguir la investigación previa hasta cuando lograra obtener un elemento de juicio adverso al procesado. Esa irregularidad también significó afectación del artículo 229 de la Carta Política en cuanto señala que los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado.

Al haberse apreciado el testimonio obtenido de manera irregular, se precipitó el error de derecho por falso juicio de legalidad. El quebranto se puede sanear si se considera que el testimonio no tiene validez, porque no se puede respaldar que en aras de la finalidad de obtener la verdad se desconozcan los procedimientos legalmente establecidos.

Luego de reiterar que el error es trascendente porque la prueba en cuestión fue la base de la sentencia de primera instancia y el principal medio de convicción que se tuvo en

cuenta en el de segunda para deducir la responsabilidad de ORLANDE GAMBOA, afirma que también se afectó el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal derogado. Los juzgadores debieron dictar el fallo sin considerar el testimonio cuestionado, concluye.

Tercer error. Aquí trata un error de derecho por falso juicio de convicción, recaído en la apreciación de un testimonio bajo reserva de identidad, sin clave, el 15 de abril de 1993. Sobre el particular, el demandante comienza por explicar que es conocedor de que esa clase de error es de muy excepcional presencia, por lo que alude a los supuestos que se pueden presentar, como lo ha delineado la Corte.

De esa manera, señala que la prueba referida fue tratada como de cargo por el ad quem y que fue trasladada del proceso número 16.383, dentro del cual se rindió el 15 de abril de 1993 y que culminó con preclusión respecto de ORLANDE GAMBOA.

Anota que el a quo percibió que la citada declaración no podía ser valorada ante el pronunciamiento de la Corte Constitucional que retiró del ordenamiento esa clase de pruebas. Del mismo modo, señala que por solicitud de la defensa la fiscalía trató de establecer la identidad del testigo, sin que se lograra porque se perdieron las actas donde quedaron registrados su nombre e identificación.

El tribunal, por el contrario, desconoció la sentencia C-392/00 para darle vida a tal medio probatorio, con el fin de reforzar el testimonio de Nicolás Antonio Sierra Palacio y hacer más gravosa la situación del enjuiciado, a pesar que de conformidad con esa doctrina constitucional el testimonio en esas condiciones, sin levantar la reserva del testigo, no tiene ningún valor probatorio.

No puede pensarse que la declaratoria de inexequibilidad afectó sólo a las normas que se ocupaban de los testigos bajo reserva de identidad en la Ley 504 de 1999, pues esa decisión del Tribunal Constitucional fue la razón para que en el nuevo Código de Procedimiento Penal no se incluyera ninguna norma similar. Si el juez admite una prueba

de esa naturaleza contraría la cosa juzgada constitucional y entra a legislar sobre un punto que ya no tiene discusión después de la mentada sentencia.

Es claro que el juzgador de segundo grado incurrió en un falso juicio de convicción por otorgarle mérito probatorio a una prueba que no es posible valorar, como se desprende de la citada sentencia de constitucionalidad.

Cuarto error. Aquí también discurre sobre un falso juicio de convicción relacionado con la apreciación de un informe de investigación. Se produjo el error porque la sentencia de segunda instancia lo tuvo en cuenta a pesar de que mediante sentencia C-392 del 6 de abril de 2000 la Corte Constitucional señaló que esa clase de elemento no tiene ningún valor probatorio, el ocuparse del artículo 50 de la Ley 504 de 1999.

Observa que el a quo no le dio ninguna clase de valor al señalado informe y que, además, el legislador de 2000 acató las directrices de la Corte Constitucional y en la norma sobre los informes previos de verificación señaló que las exposiciones que escucha la policía judicial no tienen valor de testimonio ni de indicios (artículo 314), por lo que concluye que los mencionados informes sólo sirven como herramienta de orientación, que tienen que verificarse o demostrarse por cualquiera de los medios de prueba previstos en la ley.

Queda demostrado que el tribunal incurrió en falso juicio de convicción cuando le otorgó mérito al informe citado.

Quinto error. Se trata de una falencia de derecho por falso juicio de convicción respecto del testimonio rendido por el testigo con reserva de identidad 001 el 17 de junio de 1991, el cual desarrolla de manera similar al propuesto en el tercer punto. Solicita, con base en esos argumentos, que se declare inexistente tal declaración.

En punto de la trascendencia de los errores expuestos, el casacionista señala que el tribunal fue el único de los juzgadores que le confirió valor probatorio a los mentados

elementos, porque confirmaban la existencia del grupo paramilitar liderado por ADÁN ROJAS, demostración que nada tiene que ver con la concreta imputación que se le hace a ORLANDE por la supuesta financiación de ese grupo.

Sostiene que una cosa es que el grupo exista y otra que los elementos de prueba que demuestran esto comprometan a la vez a ORLANDE GAMBOA en su financiación o apoyo económico. Aquel hecho no guarda ninguna relación con la responsabilidad declarada en el fallo.

A juicio del censor, la inclusión de ese bloque de pruebas obedeció al propósito de dar mayor volumen probatorio, a un criterio cuantitativo, pero sin reparar en el contenido de la prueba, quizás porque como lo admitió el ad quem la prueba en contra de ORLANDE era escasa.

De ese modo se demuestra que se violó de manera indirecta la ley, toda vez que no se satisfizo dentro del proceso las condiciones de la prueba para que condujera a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, y como no existe esa prueba, también se quebrantó por falta de aplicación los artículos 9 y 12 del Código Penal, y por aplicación indebida el 341 ibídem.

Por todo lo anterior solicita casar el fallo y en su lugar dictar el absolutorio de sustitución a favor de ALBERTO ORLANDE GAMBOA.

Segundo cargo subsidiario. Violación indirecta de la ley sustancial

El censor presenta la existencia de errores de apreciación probatoria bajo las modalidades de error de hecho por falso juicio de existencia y por falso raciocinio y error de derecho por falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción. Salvo por la falencia de hecho por falso raciocinio, los restantes ataques son idénticos a los que se acabaron de resumir, razón por la cual se sintetiza apenas éste.

El falso raciocinio recayó, según el casacionista, en la apreciación de la declaración del testimonio rendido bajo reserva de identidad, clave 002, o Nicolás Antonio Sierra Palacios, por violación a la lógica.

Apunta que no obstante que en su primera versión del 7 de julio de 1994, luego de hacer un recuento de los hechos que le constaron mientras estuvo infiltrado en la organización para los años 1991 y 1992, el testigo dijo que “eso es todo lo que me consta sobre esa banda”, en la segunda declaración del 6 de noviembre de 1998, con desconocimiento del sentido común y la razón, de manera sorpresiva dio detalles de acontecimientos desarrollados durante ese mismo período, a los cuales no hizo mención en esa primera oportunidad.

Causa asombro tal situación, porque el segundo testimonio del 6 de noviembre de 1998, que se rotuló como una ampliación, contiene un pormenorizado recuento del realizado en la primera oportunidad, a pesar de que aquél se vertió cuatro años más tarde.

En lo que atañe a la responsabilidad de ORLANDE GAMBOA, el actor afirma que el testigo se limitó a referir en la primera oportunidad la supuesta entrega de dinero por parte de Soto Vuelbas o “El Gordo Soto” de parte de aquél a la organización, de lo que tuvo conocimiento por comentarios que ese individuo le hizo, para adicionar el declarante su presencia en una reunión entre ADÁN y ALBERTO ORLANDE. No tiene explicación cómo no fue referida esta última circunstancia en la primera aparición del declarante habida cuenta de su trascendencia.

También hizo referencia el testigo en la segunda versión a otras actividades del grupo ilegal, como tráfico de armas, vendetas y homicidios, que no mencionó en la primera ocasión cuando dijo que nada más le constaba.

De acuerdo con la lógica, los juicios deben ser emitidos con apego a la razón. Uno de sus

postulados enseña que entre más reciente un suceso más fácil resulta su evocación y que el recuerdo se afecta por el transcurso del tiempo, de manera que entre más pase es más dificultoso recordar un evento, a no ser que se trate de acontecimientos notorios de carácter general o individual que permitan una especial fijación; también inciden en el recuerdo otros factores como la edad o la sanidad mental de quien percibe, lo cual no fue constatado. En este asunto, sin reparar en la lógica, se le dio credibilidad a un testigo que recuerda con mayor precisión los hechos que tienen más tiempo de transcurridos, lo que riñe con la regla de la sana crítica en comento.

Riñe con el sentido común que se le de crédito a un declarante que en su segunda versión, dada más de siete años después de ocurridos los hechos, refiera con mayor precisión hechos y sucesos que no mencionó en la primera, expuesta cuatro años antes. Esto se agrava si se tiene en cuenta que el mismo testigo en esa primera atestación dijo no saber nada más de la banda, pero después de cuatro años resultó que sabía más que antes.

Se incurrió de esa manera en un evidente atentado contra la lógica en la valoración del testimonio, con desconocimiento del artículo 238 del Código de Procedimiento Penal que exige que se debe apreciar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, porque la lógica impedía que se le diera crédito a la prueba, lo que no atendieron los juzgadores que le dieron plena credibilidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Demanda presentada en nombre de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA

Cargo primero. Nulidad

El señor Procurador 2º Delegado para la Casación Penal, con referencia a la pregonada violación al principio de investigación integral, aclara que la imputación que se le

formuló a GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA no descansa esencialmente en que para el día de los hechos tuviere asignada una camioneta blanca color blanca de determinadas características, sino porque uno de sus compañeros de actividades, el sargento segundo ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL, lo señaló con nombre propio como partícipe en el doble homicidio cuando manifestó que él, ESPINOSA, fue quien se bajó de la camioneta e informó a los tripulantes del taxi en el que se movilizaban los autores materiales de la conducta, que pronto llegaría el vehículo en el cual iban los esposos Waked, víctimas del atentado que terminó con sus vidas.

El hecho de que ese día tuviese a su cargo una camioneta Luv color blanco es un dato circunstancial porque, en verdad, existen muchos vehículos de similares características, de manera que tal ambigüedad no podía ser explorada válidamente so riesgo de que la investigación fracasara.

Determinar si en el grupo UNASE existían más camionetas de color blanco no desquicia la incriminación de responsabilidad contra ESPINOSA VALENCIA porque el argumento central fue la sindicación directa que le formularon dos testigos: ALVEIRO RODRÍGUEZ, compañero de actividades oficiales de aquél y que por tanto lo conocía ampliamente, y Juan Beleño, conductor del taxi en el cual iban los autores materiales del doble homicidio, quien confesó su participación y delató con nombre propio a ESPINOSA VALENCIA.

En ese orden de ideas, el impugnante debió enfocar el reproche en enseñar de qué manera las declaraciones omitidas podían desvertebrar las pruebas de cargo fundamento del fallo, pero el discurso giró en torno a especular sobre la posibilidad de que existieran más vehículos similares al que ESPINOSA tenía asignado, y en circulación al momento de los hechos, argumento que no compromete la legalidad del fallo atacado.

Respecto de la trascendencia de la omisión probatoria alegada, el señor agente del Ministerio Público sostiene que si en el proceso obran pruebas que permiten fundamentar de modo claro y directo la imputación contra GIOVANNI ESPINOSA, porque fue visto en el escenario de los hechos y porque comprometen su conducta consistente en advertir a los ejecutores del acto homicida del paso de los esposos Waked Nassar para que pudieran disponer con oportunidad y eficacia el operativo que terminó con la muerte de la pareja, no había ningún sentido para que se dedicaran esfuerzos investigativos con el fin de verificar si el UNASE tenía asignados otros vehículos, Luz o Mazda, de color blanco y quiénes eran sus conductores, actividad que significaría soslayar la imputación directa que obra contra ESPINOSA. Por tal razón, ninguna importancia tenía practicar las pruebas que reclama el actor para comprobar la ilegalidad del fallo.

El Procurador reitera que los argumentos de la censura son especulativos, ya que no es suficiente con sostener que se dejaron de practicar numerosos testimonios y que éstos habrían suministrado datos que permitirían cambiar el sentido de la decisión, porque esa presentación no es idónea para comprometer el fallo y, por tanto, no tiene perspectivas de éxito.

Además sostiene que el casacionista dejó de lado el principal derrotero del reproche para adentrarse en la discusión sobre el contenido de las declaraciones de Juan Manuel Beleño y ALVEIRO CARVAJAL, a quienes considera vagos e imprecisos.

Por esa razón, el cargo no debe prosperar. Agrega, eso sí, que el aspecto de los testimonios que sostienen la sentencia los tratará en la respuesta al segundo cargo, donde se exponen críticas similares, pero al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial.

Cargo segundo. Violación indirecta

Error de derecho por falso juicio de legalidad respecto del testimonio de Alveiro

Ernesto Rodríguez Carvajal.

Para el Delegado la censura, que propone la ilegalidad de la declaración rendida por RODRÍGUEZ CARVAJAL el 3 de diciembre de 1998 dentro de la diligencia de ampliación de indagatoria, debido a la forma como el instructor lo juramentó en relación del conocimiento que tenía de GIOVANNI ESPINOSA y de la intervención de éste en los hechos, carece de razón porque encuentra que el funcionario sí observó los preceptos legales para incorporar un testimonio como prueba de cargo.

A partir de la cita textual del segmento pertinente del acta de declaración, el Procurador sostiene que el servidor judicial sí tomó el juramento y amonestó al testigo sobre la trascendencia que tiene formular cargos a terceros, a pesar de que no dejó constancia expresa de las normas que regulan este aspecto.

La falta de mención expresa en el acta de las normas que regulan la aducción de un testimonio no significa la invalidez de la prueba, ni implica que el funcionario haya omitido los requisitos formales, porque lo evidente en este caso es que el funcionario amonestó al testigo sobre la responsabilidad que se deriva de formular cargos a terceros.

Así las cosas, resulta una simple apreciación del casacionista la afirmación de que el instructor no tomó el juramento ni le leyó al declarante las normas sobre los alcances de faltar a la verdad, ya que se dejó constancia en el acta sobre ese aspecto. Además, también puede pensarse del mismo modo que se señaló en la demanda, que cuando el declarante fue inquirido bajo la gravedad del juramento se le hicieron las prevenciones del caso incorporadas con constancia de “bajo la gravedad del juramento” que aparece en el texto citado por el Delegado.

Lo que importa es que el declarante entienda que está bajo la gravedad del juramento, lo cual, como se vio, consta en el acta, ya que los formalismos que la ley prevé no hacen

parte esencial de la prueba ni son presupuestos para su apreciación. Tan es así, que hay normas que obvian el juramento, como las que se ocupan de la presentación escrita de la denuncia o las declaraciones por certificación jurada.

También afirma que la jurisprudencia de la Corte, la cual cita, entiende la indagatoria como medio de defensa y como medio de prueba cuando el indagado declara contra terceros, luego el no juramentar al sindicado cuando hace imputaciones a otra persona no es obstáculo para que la prueba se tenga en cuenta como fundamento de la sentencia, cuya legalidad no queda comprometida al tratarse de un yerro meramente formal.

De ese modo recalca que si el funcionario no dejó expresa constancia de haber dado lectura al artículo 285 del derogado Código de Procedimiento Penal, así como a los tipos penales que prevén las consecuencias para quien declara falsamente, tal omisión no afecta la legalidad del fallo porque el juramento se traduce en un compromiso personal de quien da su testimonio frente a la administración de justicia, de conformidad con el artículo 95-5,7 de la Constitución.

Tampoco se afecta la validez de la prueba ni la función del juez de apreciar bajo los postulados de la sana crítica, si no se observa la formalidad de tomar el juramento al testigo, el cual es un acto que no está sacralizado, como lo pone de presente la jurisprudencia constitucional (sentencias C-541/92 y C-616/97).

Concluye, entonces, que la declaración vertida por RODRÍGUEZ CARVAJAL contra terceros en la indagatoria, fue ratificada bajo la gravedad del juramento como aparece en la diligencia. En la hipótesis de que no haya sido así, no queda comprometida la legalidad del testimonio ni debe considerarse inexistente la imputación formulada, ya que al declarante, en la misma pregunta que se le hizo, de manera expresa se le advirtió que la respuesta debía hacerse bajo la gravedad del juramento.

El cargo, en conclusión, debe ser desestimado, dice el Procurador.

Error de derecho por falso juicio de legalidad en relación con el reconocimiento fotográfico

Sobre este punto observa el señor agente del Ministerio Público que fue en la continuación de la indagatoria de ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL llevada a cabo el 3 de diciembre de 1998, cuando éste reconoció a GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA, su compañero en el grupo UNASE del Magdalena para el 3 de enero de 1995, fecha del homicidio de los esposos Waked Nasser y lo señaló dentro de un grupo de 35 fotografías que se le exhibieron.

La tesis del censor según la cual ese reconocimiento es inexistente porque no se observaron las reglas del artículo 369 del Decreto 2700 de 1991 en la práctica del reconocimiento, es deleznable porque para la fecha del reconocimiento, 3 de diciembre de 1998, ESPINOSA VALENCIA no había sido vinculado a la investigación, porque esto fue consecuencia, precisamente, de las versiones de Juan Manuel Beleño y RODRÍGUEZ CARVAJAL, toda vez que el 4 de diciembre de 1998 se ordenó que GIOVANNI fuera vinculado y que se emitiera solicitud de captura en su contra.

Como el reconocimiento fotográfico en cuestión tuvo lugar antes de que ESPINOSA VALENCIA estuviera vinculado, es claro que no se hacía necesario observar las ritualidades del artículo 369 del ordenamiento procesal derogado. En ese momento se trataba de una diligencia tendiente a obtener certeza del probable autor del hecho, que puede ser considerada como criterio orientador de la investigación, la cual fue objeto de contradicción desde la oportunidad en que aquél fue vinculado. No era necesario, en consecuencia, que estuvieran presentes el defensor ni el agente del Ministerio Público.

Destaca que así como lo dijo ALVEIRO RODRÍGUEZ, el procesado ESPINOSA VALENCIA reconoció en su indagatoria que era miembro del UNASE en Santa Marta el 3 de enero de 1995 y que por esta razón conocía al testigo. Así las cosas, el señalamiento que del

procesado se hizo a través de fotografías no es prueba que sustente el fallo; además, si se hace abstracción de tal reconocimiento el fallo no se afecta porque GIOVANNI ESPINOSA fue individualizado como miembro del UNASE y que conducía un vehículo asignado a este organismo.

Por esas razones el cargo no puede prosperar.

Error de hecho por falso juicio de identidad en relación con los testimonios de ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL y Juan Manuel Beleño González

El Procurador Delegado responde de manera conjunta los reproches que el censor formuló independientemente respecto de las citadas pruebas, por encontrar que tienen igual contenido argumentativo.

Para el efecto, copia de manera literal segmentos de las declaraciones rendidas por Beleño (2 de abril y 28 de mayo de 1998) y RODRÍGUEZ CARVAJAL, luego de lo cual afirma que de esas manifestaciones se desprende con total claridad que GIOVANNI ESPINOSA participó en el operativo como seguidor del vehículo en el que iban las víctimas e informante, porque les dijo a los tripulantes del taxi, en el cual se movilizaban los ejecutores materiales, el desplazamiento e identidad del automotor de los Waked.

Sobre esos presupuestos fácticos fue que los juzgadores concluyeron la coautoría, así los testigos no hayan hecho expresa mención a este término, el cual es propio del lenguaje jurídico para hacer referencia a la pluralidad de autores de un comportamiento típico.

Después de exponer algunas consideraciones teóricas sobre la figura de la coautoría, el Delegado reafirma que a pesar de que los testigos no hubiesen dicho que GIOVANNI ESPINOSA participó como coautor, no aparece la tergiversación que se predica de sus manifestaciones por parte de los sentenciadores, porque del contenido de las

declaraciones en cuestión es posible deducir que si bien el procesado no accionó las armas, sí integró el grupo y dentro del mismo cumplió un papel importante que permitió que el objetivo propuesto alcanzara éxito toda vez que se terminó con la vida de los esposos Waked Nassar.

Por los anteriores motivos el cargo no puede prosperar, culmina el Delegado.

Demanda presentada en nombre de ALBERTO ORLANDE GAMBOA

Cargo Principal. Violación Directa

El Procurador Delegado precisa que dentro de la radicación N°. 33033 dentro de la cual se investigó la muerte de los esposos Waked Nasser, con resolución del 5 de agosto de 1998 se profirió acusación, entre otros delitos, por conformación de grupos paramilitares, descrito en el artículo 1º del decreto 1194 de 1989, norma recogida como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991, artículo 6º.

La conducta típica por la cual se profirió resolución de acusación contenía múltiples verbos rectores como promover, financiar, organizar, dirigir, fomentar o ejecutar actos tendientes a obtener la formación de grupos armados de los denominados escuadrones de la muerte; en cambio, el artículo 341 de la Ley 599 de 200, bajo la nomenclatura de entrenamiento para actividades ilícitas, consagró como modalidades de comportamiento punible las de organizar, instruir, entrenar o equipar a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares.

Observa el Delegado, frente al argumento de que como el artículo 341 del Código Penal vigente no prevé el verbo financiar, conducta por la que se acusó a ORLANDE, y que debido a que fue absuelto por el delito de concierto para delinquir tampoco es posible subsumir el comportamiento en la previsión del inciso 2º del artículo 340 ibídem el cual sí comprende, pero no como conducta individual, el acto de financiar grupos armados al

margen de la ley; que los cargos por concierto para delinquir se le hicieron a ORLANDE GAMBOA dentro de una causa diferente a la radicación N°. 33033, como quedó claro en la sentencia de primer grado, en cuyo numeral segundo se decidió absolverlo por el concierto para delinquir imputado en la radicación N°. 25187.

El Delegado hace una exposición sobre el delito de concierto para delinquir y afirma que si bien la conformación de grupos paramilitares puede constituir una forma especial de esa conducta punible, el legislador ha sido celoso en diseñar con esta clase de delincuencia tipos especiales, por lo que describió comportamientos para cuya actualización no es necesaria la pluralidad de sujetos activos, sino que es suficiente la actividad de una sola persona, como los contenidos en los artículos 1º y 3º del decreto 1194 de 1989, y 341 de la Ley 599 de 2000, que no sancionan a los componentes del grupo sino a quien despliega determinado comportamiento en relación con el mismo.

Estima que no es afortunada la equiparación que hace el censor entre el contenido del artículo 3º del decreto 1194 con el 341 del Código Penal, ya que a pesar de la similitud este último precepto incluye las conductas de organizar y contratar, lo cual le da una significación diferente al tipo que, por tanto, puede comprender comportamientos que antes estaban señalados en el artículo 1º del referido decreto.

Desde el punto de vista de la técnica casacional, comenta que el censor recortó el sentido de los fallos para montar la aplicación indebida o la falta de aplicación de los mencionados preceptos. Así, señala que el actor hizo un rastreo de las diferentes ocasiones en que se le hizo la imputación a ORLANDE GAMBOA para reducirla al verbo financiar grupos de justicia privada, pero con elusión del contenido de los fallos en los cuales se sostuvo que el procesado estaba comprometido no sólo en la financiación de la organización sino que hacía parte de la misma, como así también se delineó en la acusación, en la cual se le imputaron otros comportamientos que permitieron deducir que lideraba el grupo ilegal.

Si el censor no se hubiera detenido en la simple confrontación de los verbos rectores empleados en los tipos penales, sino que además hubiera explorado las inferencias integrales de la sentencia, se habría podido percatar de que la responsabilidad se edificó no sólo por la financiación del grupo de justicia privada sino por la pertenencia del enjuiciado al mismo.

De esa manera, el Delegado concluye que el actor se apartó de los hechos declarados en las sentencias, habida cuenta que desconoció que se dedujo la pertenencia de ORLANDE GAMBOA a la organización al margen de la ley.

En torno a la diferencia interpretativa que el casacionista pone de presente entre las sentencias de primera y segunda instancia sobre la manera en que financiar quedó absorbido por organizar, según aquélla, mientras que en criterio de ésta financiar es sinónimo de suministrar y este verbo a su vez lo es de equipar, que le permiten asegurar que el financiamiento de grupos de justicia privada desapareció como comportamiento punible, excepto cuando se trata de un concierto para delinquir, el Delegado opina que con tal premisa se olvida de las formas de intervención delictual y de que para organizar y equipar esa clase de agrupación es necesario medios económicos “que no era otra cosa que una de las actividades que, de manera concreta, se le imputó al señor Orlande Gamboa”.

El Delegado aduce que no es extraño que el legislador utilice varios verbos rectores para describir una conducta, con la finalidad de no dejar comportamientos por fuera de la descripción típica, eventos en los cuales puede presentarse repeticiones innecesarias o reiteración de conductas ya previstas en otros dispositivos. Entonces, si la nueva norma suprime en apariencia algunas conductas, no debe concluirse que quedaron descriminalizadas cuando puede subsumirse en uno de los verbos rectores que subsiste.

Si de conformidad con las sentencias ORLANDE era quien apoyaba económicamente al grupo de justicia privada, no es difícil concluir que era el pilar básico para su organización, en orden a equipar a sus integrantes de los elementos necesarios a la operación. Por esto, que el legislador no previera de modo expreso ese comportamiento no es significativo de que lo estimara lícito, como lo entiende el recurrente.

Añade que la incorporación del verbo financiar en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal denota una de las finalidades del concierto para delinquir que reprime, sin referirse a la conducta de una persona en particular, motivo por el cual que ORLANDE haya sido absuelto por el concierto nada incide en la condena de la que fue objeto, la cual tuvo como base unos presupuestos fácticos diferentes.

Por esta razón solicita que se declare la improsperidad del cargo.

Primer cargo subsidiario. Violación indirecta de la ley sustancial

En primer lugar, el Delegado observa que el censor se equivocó en el planteamiento de la censura al invocar como quebrantado el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, pues esta es una norma de carácter instrumental. Luego de ese introito da respuesta a los reproches de la siguiente manera:

Error de hecho por falso juicio de existencia

Sobre la omisión de varias pruebas de orden documental, que de acuerdo con la opinión del censor demostrarían que ORLANDE GAMBOA se encontraba privado de la libertad entre el 26 de enero de 1993 y el 23 de octubre de 1994, el señor agente del Ministerio Público comenta que el impugnante, antes de ocuparse de demostrar el yerro, se dedicó a cuestionar la credibilidad que se le otorgó al testimonio de Nicolás Antonio Sierra Palacios (testigo clave n.º 2), lo cual no es un aspecto atacable en casación puesto que la ley procesal penal consagra el sistema de la sana crítica.

Si bien admite que no fue apreciada la mencionada prueba documental, indicativa de que ORLANDE GAMBOA estuvo privado de la libertad durante el lapso indicado, así como de la fecha de la reunión entre aquél y ADÁN ROJAS una semana después del 23 de octubre de 1994, también afirma que no se puede sostener que el testigo Sierra Palacios mintió cuando dijo en la declaración rendida el 6 de noviembre de 1998 que la fecha exacta no la recordaba pero que fue una semana después de que el procesado ORLANDE recobrara su libertad, lo que indica que no sabía con exactitud cuándo tuvo lugar el encuentro.

De otra parte, si se aceptara que el testigo se equivocó y que los juzgadores no se percataron de esto por no apreciar las pruebas que señala el casacionista, el Procurador destaca que las sentencias no edificaron la responsabilidad de ORLANDE GAMBOA por el delito de conformación de grupos paramilitares en la circunstancia de esa reunión, sino en otros elementos probatorios, como las declaraciones de testigos con reserva de identidad y la del propio Sierra Palacios, quien informó sobre aspectos diferentes, como que algunos individuos de ROJAS no recibían sueldo porque el acusado ORLANDE, quien financiaba la banda, estaba detenido, así como la declaración de la Directora del D.A.S., sobre el grupo de justicia privada.

Además, observa que para el tribunal fue intrascendente el punto que tiene que ver con la fecha en que se efectuó la citada reunión, porque del vínculo entre ORLANDE y ADÁN ROJAS daban cuenta otros elementos de convicción.

Estima, por tanto, que el cargo no ha de prosperar.

Error de derecho por falso juicio de legalidad respecto del testimonio rendido por Nicolás Antonio Sierra Palacios

A pesar de que el señor agente del Ministerio público reconoce que la declaración de Sierra Palacios rendida el 6 de noviembre de 1998 dentro de la investigación preliminar fue practicada por fuera del término legalmente establecido para agotar esa fase,

también aclara que tal irregularidad no invalida la prueba.

Subraya cuáles son las finalidades que a la etapa preliminar asigna tanto el derogado como el actual estatuto procesal penal. No desconoce que el cumplimiento de los términos procesales hace parte del debido proceso y tiene que ver con el respeto a la plenitud de las formas propias del juicio, como instrumentos necesarios para concretar el derecho material.

Sin embargo, apunta el Delegado, no toda demora o dilación de determinada fase del proceso conduce a que lo practicado en ese término carezca de validez por afectación del debido proceso, pues como lo establece la jurisprudencia constitucional, debe evaluarse cada caso para establecer si la dilación está o no justificada.

Dentro de ese contexto el procurador Delegado comenta que si bien la etapa preliminar se extendió entre el 26 de enero de 1998 y el 6 de noviembre siguiente, cuando se inició la instrucción, esto no fue por negligencia del funcionario sino debido a la cantidad de pruebas que era necesario practicar. Así mismo, destaca que la declaración que se reputa como inválida fue recibida después de la apertura de instrucción, es decir, en el sumario y no en la actuación preliminar. Además, debe tenerse en cuenta que esa versión del 6 de noviembre de 1998 es una ampliación de la que rindió el testigo bajo reserva de identidad el 7 de julio de 1994 en Santa Marta, la cual fue allegada antes del 26 de mayo de 1998, fecha en que se vencería el término de la preliminar.

El cargo, por esas razones, debe ser desestimado.

Error de derecho por falso juicio de convicción respecto de la apreciación de un testimonio con reserva de identidad

El Delegado encuentra que el casacionista acertó en la escogencia de la causal de casación, porque la propuesta se encamina a demostrar que se le dio valor a una

declaración rendida bajo reserva de identidad el 15 de abril de 1993, en virtud a que la Corte Constitucional retiró del ordenamiento jurídico esa clase de pruebas mediante sentencia C-392 de 2000. Pero a pesar de eso, no tiene razón, agrega.

Luego de hacer una síntesis de las razones que llevaron al Tribunal Constitucional a declarar la inexequibilidad de los llamados testigos con reserva de identidad, puntualiza que en ese fallo esa Corporación precisó que sus efectos serían hacia el futuro, de modo que aquellos testimonios con reserva de identidad escuchados con anterioridad, si fueron practicados con la plenitud de las formas previstas en la ley, pueden ser acogidos por el juzgador como fundamento de su decisión.

Así, alude al contenido del artículo 293 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el 37 de la Ley 81 de 1993, así como a la sentencia C-053/93 y a la T-008/98, para sostener que la declaración materia de crítica rendida el 15 de noviembre de 1993 y finalizada al día siguiente fue practicada con observancia de los requisitos señalados en aquella normativa. Como reúne los presupuestos legales y se respetaron las garantías procesales, considera el Delegado que sí podía ser acogida como elemento de juicio en la sentencia que se profirió en contra de ALBERTO ORLANDE GAMBOA.

En conclusión, el cargo no debe prosperar.

Error de derecho por falso juicio de convicción respecto de la apreciación de un informe de investigación

El Delegado observa que, en efecto, el tribunal valoró un informe de investigación n.º 426 rendido por el C.T.I. el 29 de abril de 1996, relacionado con las actividades delictivas de algunas personas de la costa, entre ellas el procesado ALBERTO ORLANDE GAMBOA, a pesar de que el artículo 50 de la Ley 504 de 1999 establecía que en ningún caso esos tienen valor probatorio en el proceso, amén de que el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal vigente señala que las exposiciones rendidas ante funcionario de

policía judicial en cumplimiento de labores previas de verificación no tiene valor de testimonio ni de indicios y sólo pueden servir como criterios orientadores de investigación.

Por esa razón, el citado informe no podía ser tenido como prueba, porque lo que permite es que las autoridades desplieguen una actividad de investigación y de comprobación. Pero si se lee el fallo del ad quem se podrá advertir que el yerro no tiene trascendencia alguna, porque fue utilizado como un elemento más para deducir la responsabilidad del procesado en el delito de conformación de grupos paramilitares, ya que esta conducta punible está demostrada con otros medios de convicción, como las declaraciones de los testigos bajo reserva, el testimonio de la directora del D.A.S. de Risaralda y el de Nicolás Antonio Sierra Palacio.

Ante eso, para quebrar la presunción de legalidad y acierto que ampara la decisión era necesario derrumbar los demás medios probatorios que le sirvieron de sustento, porque mientras uno de ellos conserve su capacidad probatoria, la sentencia se mantiene.

El cargo, por ende, no puede prosperar.

Error de derecho por falso juicio de convicción respecto de la apreciación del testimonio con reserva de identidad rendido el 17 de junio de 1998

Como el Delegado advierte que en este punto el casacionista plantea un argumento similar al que expuso con anterioridad al proponer idéntico falso juicio de convicción sobre otro testimonio con reserva de identidad, se limita a precisar que en la práctica de la declaración materia de reproche se cumplieron los requisitos consagrados en el artículo 293 del derogado Código de Procedimiento Penal, razón por la cual sí podía ser tenido en cuenta por el juzgador.

Agrega que los actos procesales se cumplen de conformidad con las normas vigentes al momento de su producción, y no pierden validez ni eficacia en virtud de otras posteriores

que modifiquen las respectivas formalidades. De este modo, cuando fueron recibidos esos testimonios estaba vigente la norma que permitía reservar, en ciertos casos especiales, la identidad del testigo, la cual había sido declarada exequible por la Corte Constitucional; si esa Corporación con posterioridad varió la jurisprudencia, los testimonios recibidos en vigencia de los preceptos anteriores, conservan validez.

No puede prosperar el falso juicio de convicción postulado.

Segundo cargo subsidiario

En torno a la gama de errores de hecho y de derecho presentados en este capítulo por el demandante, el Delegado señala que de modo inadecuado denunció el quebranto del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, porque este es un precepto instrumental.

Además, encuentra que volvió a referirse a yerros expuestos en el primer cargo subsidiario (falso juicio de existencia y falsos juicios de convicción), por lo que considera que ya fueron respondidos.

Dice que entra a referirse únicamente al error de hecho por falso raciocinio en la valoración del testimonio de Nicolás Antonio Sierra Palacios.

Sobre el particular, sostiene que el casacionista se dedicó a criticar al tribunal por darle credibilidad al citado testigo, basado en que en su ampliación de declaración dio más detalles sobre la organización de ADÁN ROJAS y el vínculo que con la misma tenía ORLADE GAMBOA, sin parar mientes en que, como lo ha dicho la Corte, el testimonio es único así se recaude en varias sesiones.

Dice que Nicolás Antonio Sierra Palacios rindió la primera declaración el 7 de julio de 1994, y la ampliación se llevó a cabo el 6 de noviembre de 1998, lo que conformó una sola prueba. Por tanto, no es admisible que se predique que en una versión dio más detalles

que en otra, porque para efectos de apreciación se considera como un solo elemento probatorio.

También destaca que el censor no explicó cuál fue el principio lógico que se contravino (identidad, no contradicción, razón suficiente o tercero excluido). Apenas atinó a referir que no es lógico que alguien recuerde con mayor precisión hechos que tienen más tiempo de transcurridos y no los que ocurrieron recientemente.

El Delegado afirma que esa es una regla de experiencia, porque lo normal es que las personas evoquen con más precisión lo que ha sucedido en forma reciente y que por el transcurso del tiempo olviden ciertos acontecimientos.

Pero eso no sucede siempre así, agrega, porque puede ocurrir que el individuo, a pesar de conocer algunos aspectos, no los revele porque no fue interrogado al respecto y más adelante reflexione y estime que es necesario aportarlos. Este es el objeto de una diligencia de ampliación, es decir, que se suministren datos que no fueron vertidos en la primera oportunidad. También puede ocurrir que el individuo fije algunos contenidos en su aparato psíquico y que no los recuerde de forma inmediata, pero que luego los traiga al presente en lo que se conoce como memoria remota.

Considera de esa forma que no le asiste razón al demandante y, por tanto, la censura no puede prosperar.

Solicita, en conclusión, que se desestimen las demandas presentadas por los defensores de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA y ALBERTO ORLANDE GAMBOA y no casar la sentencia del 25 de junio de 2002 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda presentada en nombre de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA

Primer cargo. Nulidad

La alegación del supuesto quebranto al debido proceso en virtud del desconocimiento al principio de investigación integral, no está respaldada por argumentos adecuados que demuestren la ilegalidad de la actuación a la cual le puso fin la sentencia demandada.

La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada en fijar que en orden a una adecuada demostración de la causal de nulidad por quebranto del principio de investigación integral, es necesario señalar cuáles fueron los medios probatorios que se dejaron de aducir, demostrar que su incorporación era conducente, pertinente y útil frente a las particularidades y posibilidades del proceso, así como establecer la manera en que habrían podido generar otros resultados.

En ese sentido, ha dicho la Corte:

El desarrollo de un enunciado semejante está sujeto a unas claras directrices que han sido decantadas por la jurisprudencia de esta Corte. Se trata, en esencia, de señalar de modo inequívoco la pieza probatoria que se dejó al margen de la actividad judicial y, además, como necesaria consecuencia, demostrar que por no haberse incorporado al proceso el juzgador reconstruyó una verdad histórica contraria o apartada de la realidad, con agravio del sujeto procesal.

En orden a establecer ese nocivo efecto no es suficiente, sin embargo, con mencionar el virtual contenido del elemento de información que no fue adosado al proceso, el cual se debe fijar dentro de un marco de racionalidad, sino que es menester que se enseñe argumentativamente, con *sindéresis* y coherencia, que sin duda alguna el acopio del material omitido habría alcanzado tal influencia en el fallo, que sus disposiciones habrían

sido del todo diferentes o al menos más beneficiosas en algún grado en la situación jurídica del sujeto procesal afectado con la anomalía.

Empero, para alcanzar este cometido, el discurso debe ser extraño a toda especie conjetural, opinativa o simplemente especulativa, porque de lo que se trata, al fin y al cabo, es de enfrentar el contenido del medio de convicción que no se allegó, con los que fueron basamento de las elucubraciones que sustentan la decisión, para dejar demostrado que con la interacción con aquél, éstas no se pueden mantener y, por ende, el sentido del fallo debe ser trocado. (Sentencia del 13 de diciembre de 2003, radicación 19.624, con ponencia de quien ahora cumple igual tarea).

En este cargo el contenido de la demanda no satisface esos derroteros, pues si bien se enuncia una gama de medios probatorios cuya protocolización fue excluida de la actividad judicial, el impugnante se enfrasca en la controversia sobre el mérito suasorio dado por los juzgadores a los medios de convicción fundamento de las sentencias.

Así, el casacionista se duele de que no se hayan recibido las declaraciones de las personas que integraban el grupo UNASE seccional Santa Marta para la fecha en que ocurrió el homicidio de los esposos Waked Nasser, 3 de enero de 1995, las cuales habrían permitido establecer las actividades desplegadas por GIOVANNI ESPINOSA en la tarde de esa fecha.

En efecto, el informe n.º 166 del 8 de abril de 1998 rendido por el C.T.I. (fl. 217, cdno. 6, radicación 33.033), estableció quiénes eran los miembros del ejército y del D.A.S. adscritos a la mencionada unidad de inteligencia, pero también debe observarse que en ninguna fase de la actuación la defensa solicitó que ese personal fuera escuchado para determinar la actividad que desplegó ESPINOSA en la fecha de los hechos, de modo que en la actuación no se concretó negación arbitraria por parte del instructor o del juez de

conocimiento en punto de la cristalización material de la garantía en cuestión.

Sobre ese aspecto, ya en la etapa del juicio el defensor que por entonces asistía a ESPINOSA reclamó que se escuchara en declaración al mayor Julio Obando, jefe del GAULA del Magdalena, la cual fue decretada por el a quo mediante auto del 11 de septiembre de 2000 (folio 272, cuaderno 29, radicación n.º 25187), diligencia que no se pudo practicar por la imposibilidad de localizar al testigo.

En este punto cabe destacar la perspectiva del señor Procurador Delegado, en cuanto es cierto que el enfoque dado por el casacionista a la censura se concentró en controvertir las inferencias que los juzgadores extractaron de las imputaciones que en contra de GIOVANNI ESPINOSA hicieron Juan Manuel Beleño y ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL para tener a aquél como coautor de los delitos por los cuales fue acusado.

Pero más allá de demostrar la actividad de ESPINOSA para el señalado 3 de enero de 1995, como lo percibió el Delegado, lo que busca el actor es demeritar la estructura argumental del fallo en el sentido de introducir perplejidad en cuanto al número de vehículos de las mismas características de las que tenía el asignado a aquél en el grupo UNASE -camioneta Chevrolet Luv de color blanco- y de las personas que la podían conducir.

En torno a esta temática, es importante dejar en claro que el núcleo de la imputación contra GIOVANNI ESPINOSA no descansa en la circunstancia de que haya estado al timón del automotor oficial en la jornada de los hechos, sino en virtud de que fue señalado de modo directo por ALVEIRO ESPINOSA -compañero de aquél en el grupo UNASE- como una de las personas que les dio la indicación del próximo paso del vehículo en el que se desplazaban los esposos Waked Nasser a los tripulantes del taxi que se encargaron de seguirlo e interceptarlo posteriormente, para darles muerte.

De todos modos, cabe señalarse que si alguna incertidumbre podía causar el hecho cierto de que en el UNASE había otra camioneta Luv Blanca por la época de los sucesos,

también destinada por el D.A.S. al servicio de esa unidad, queda despejada si se observa que de acuerdo con el libro de minuta de guardia, el único vehículo de esas características que salió de las instalaciones de esta última entidad el 3 de enero de 1995, a las 8:20 horas, fue precisamente el que conducía ESPINOSA VALENCIA (folio 310, cdno. 5, radicación 33033).

En esas condiciones, si dentro del proceso está acreditado que la única camioneta marca Chevrolet Luv, de color blanco, asignada por el D.A.S. al grupo UNASE de Santa Marta, que rodó el día de los hechos era la que estaba a cargo de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA, y que éste fue visto cuando al mando de tal automotor avisó sobre la proximidad de las víctimas a los ejecutores materiales de la conducta homicida, entre éstos ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL, quien dio cuenta de tal circunstancia de manera clara y puntual, resultaba superfluo e ineficaz recabar sobre un punto respecto del cual ESPINOSA no ofreció ninguna explicación atendible, porque ni siquiera aportó datos verificables acerca de actividad a la que pudo haberse dedicado, diferente a la que fue vista desplegar en la tarde de los hechos, como para que surgiera imperioso a los operadores judiciales entrar a verificar sus atestaciones.

El principio de investigación integral, dicho sea de paso, en cuanto impone al funcionario judicial la obligación de investigar lo favorable como lo desfavorable al procesado, debe ser entendido en términos de racionalidad de manera que la búsqueda de las vertientes probatorias se agote en las concretas posibilidades que se desprenden del proceso y que constituyen materia de investigación, mas no significa que el funcionario deba dedicar todos sus esfuerzos a recopilar hasta la última referencia defensiva que aparezca en el decurso del trámite procesal, porque de esa manera la actuación se constituiría en un ejercicio inacabable.

La racionalidad que guía la práctica probatoria, enmarcada dentro de los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad, demanda que quien reclama menoscabo a la

investigación integral señale en concreto, como ya se dijo, cuál es el contenido de la prueba que se dejó de practicar, a fin de contrastarlo con el de los medios que sirvieron de fundamento a las declaraciones del fallo.

El ejercicio del casacionista es claramente especulativo en cuanto pregona que los potenciales testigos “hubieran contribuido a suministrar datos de interés para la investigación que habrían variado el sentido del fallo”, pues no señala en concreto la persona o personas que pudieran dar exacta cuenta de lo que ESPINOSA hizo la tarde de los sucesos o que lo situaran en actividad o lugar distintos a los fijados en los fallos, pero sí cuestiona con esa simple enunciado el grado de convicción que los juzgadores asignaron a las pruebas, lo cual deja sin piso el reproche.

La censura, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo. Violación indirecta

Error de hecho por falso juicio de legalidad

En este capítulo el casacionista reprocha que en las sentencias se haya tenido en cuenta una prueba aducida con desconocimiento de los artículos 29, inciso final, y 33 de la Constitución Política, 233, 266, 267, 269 y 276-1 del Código de Procedimiento Penal, 442 y 443 de Código Penal, porque a su modo de ver es ilegal el testimonio que rindió ALVEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL dentro de la continuación de la indagatoria llevada a cabo el 3 de diciembre de 1998, en la cual señaló a GIOVANNI ESPINOSA como uno de los que intervinieron en los hechos materia de juzgamiento.

Para el casacionista la ilegalidad de la prueba se presenta porque en ese acto no se siguió la ritualidad prevista en el artículo 337 de la Ley 600 de 2000, ni se le impusieron al declarante los preceptos sobre el falso testimonio, motivo por el cual, por inexistente, no debió ser apreciada como apoyo de los fallos.

En la citada oportunidad, el instructor interrogó de la siguiente manera a ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL:

“PREGUNTADO: ¿Usted se ratifica bajo la gravedad del juramento de los cargos que le ha formulado al señor GIOVANNY ESPINOSA y a DAVI (sic) POLO y a las demás personas que ha señalado como partícipes de estos hechos en esta diligencia?. CONTESTO: si señor, yo me ratifico y vuelvo y repito que no era de mi entero conocimiento, ni fue planeado por mi persona alguno de estos hechos”.

Es evidente que en la citada diligencia el fiscal no hizo cita explícita de las normas que regulaban para ese momento lo atinente a la toma del juramento, pero esa situación, de un lado, es algo que no reviste la trascendencia que le da el censor, y de otro, no significa necesariamente, conforme a las particularidades de la diligencia, que no se haya cumplido con la formalidad indicada.

Lo que para el efecto disponía el artículo 357 del Decreto 2700 de 1991 después de disponer la prohibición de indagar al imputado, era que si éste “declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento como si se tratara de un testigo”.

A su vez, el artículo 285 de la citada normatividad preceptuaba:

“Amonestación previa al juramento. Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento, amonestará previamente a quien deba prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones. Acto seguido se tomará el juramento.”

Nótese que las nombradas disposiciones exigen que al sindicado que en su indagatoria formula cargos contra terceros, se le debe interrogar bajo juramento como si estuviera

rindiendo un testimonio y que, en tal virtud, debe amonestársele sobre la importancia y consecuencias del acto y se le debe tomar juramento. Pero en parte alguna señalan que en la admonición, en la toma del juramento o en la redacción del acta se deba seguir un predeterminado formalismo.

En ese orden de cosas, resulta en extremo restringida la lectura que el casacionista le da a la forma como el instructor interrogó a RODRÍGUEZ CARVAJAL sobre si se ratificaba de los cargos formulados contra ESPINOSA VALENCIA y DAVID POLO OBISPO, porque el correspondiente interrogante estuvo antecedido de la expresión “¿Usted se ratifica bajo la gravedad del juramento de los cargos que le ha formulado al señor GIOVANNY ESPINOSA VALENCIA...?, ejercicio que deja implícito que reconvino al deponente acerca de todas las consecuencias que se desprenden de declarar bajo juramento.

Ahora, si se admite que en efecto el funcionario no amonestó a RODRÍGUEZ CARVAJAL sobre las implicaciones del juramento ni lo juramentó, la irregularidad no alcanza a teñir de ilegalidad la declaración que en el seno de la indagatoria vertió aquél, porque como esta diligencia tiene el doble carácter de medio de defensa y medio de prueba, el juramento que se toma al indagado cuando hace imputaciones a terceros no busca cosa diferente que la de fijar un compromiso de su responsabilidad de cara a esas declaraciones, para hacerlo pasible de un eventual falso testimonio en caso de que en ese ámbito específico de testigo falte a la verdad.

De esa manera, por omitirse juramentar al indagado frente a los cargos que lanza contra terceros, la versión dada en esas condiciones no pierde validez ni eficacia porque conserva su calidad de prueba, que como tal debe ser apreciada por el funcionario judicial con apego a las pautas de la sana crítica y en especial con los criterios de evaluación fijados por el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, equivalente al 294 del Decreto 2700 de 1991. El único efecto adverso de la falta de juramento es la imposibilidad de investigar

a quien declaró falsamente (cfr., entre otras, sentencias del 22 de octubre de 1998, radicación 10.934; 21 de noviembre de 2002, radicación 14.065, y 27 de febrero de 2003, radicación 17.837, con ponencias de los Magistrados Arboleda Ripoll, Mejía Escobar y de quien ahora cumple igual tarea, respectivamente).

En ese orden de cosas resulta evidente que ninguna irregularidad se produjo cuando los juzgadores sopesaron el mérito de las imputaciones dadas por RODRÍGUEZ CARVAJAL, las cuales confrontaron con otros elementos probatorios para inferir de allí la responsabilidad de aquél en las conductas punibles por las cuales fue condenado.

La censura, en conclusión, no prospera.

Error de derecho por falso juicio de legalidad

El casacionista sostiene que los fallos ostentan esa especie de yerro, porque se tuvo como medio de convicción un reconocimiento fotográfico que fue practicado sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal derogado, recogidos por el artículo 304 del vigente, a lo que agrega que de descartarse esa anomalía el sentido de la decisión habría sido diferente.

La diligencia dentro de la cual se produjo el reconocimiento que el censor califica de ilegal es la continuación de la indagatoria de ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL, rendida el 3 de diciembre de 1998 (folio 257, cuaderno 8, radicación 33033).

Para ese momento la apertura de instrucción se había ordenado respecto de LYAN DAVID POLO OBISPO, RIGOBERTO ROJAS MENDOZA, CAMILO ROJAS MENDOZA, ADÁN ROJAS OSPINO y ALBERTO ORLANDE GAMBOA, así como respecto de RODRÍGUEZ CARVAJAL, como aparece en la resolución del 6 de noviembre de ese mismo año.

Según lo anterior, para el instante en que ALVEIRO realizó el mentado reconocimiento

todavía no se había ordenado la vinculación de GIOVANNI ESPINOSA, lo cual vino a ocurrir el 4 de diciembre de 1998, cuando el fiscal emitió la resolución por medio de la cual ordenó la captura de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA en virtud de las imputaciones que aparecieron en contra de éste (folio 267, cuaderno 8, radicación 33033), la cual se obtuvo el 18 de enero de 1999, lo que motivó que fuera indagado el siguiente 20 de ese mes, momento en el que adquirió la calidad de sindicado.

Ahora bien, en la citada continuación de indagatoria RODRÍGUEZ fue interrogado de la siguiente manera:

“PREGUNTADO: De las fotografías que se colocan de presente y que van de folio 207 al 211 del C.O. No. 7, de 7 por cada folio díganos si alguna de las personas que están allí estuvieron presente (sic) en el teatro de los acontecimientos. El Despacho deja constancia que al anverso de la hoja esta la foto marcada con su número y nombre. CONTESTO: A folio 207, el número uno si, es GIOVANNY él es el de la camioneta blanca con el que hablo (sic) CABARCAS en la carretera y este le dijo que ya venía el carro, la foto uno corresponde a la foto marcada por detrás con el número dos y el nombre de GIOVANNY ESPINOZA (SIC), del folio 208, reconoce la foto No. 2 de izquierda a derecha es el Teniente LIAN DAVID POLO verificado el anverso la foto esta en blanco, no esta marcada y no tiene ningún nombre, del folio 209 no conozco a ninguno, del folio 210 la número tres es mi foto y al anverso está marcada con tres números diferentes y dice ALVEIRO RODRÍGUEZ, al folio 211 no conozco a ninguno.”

El artículo 369 del Código de Procedimiento Penal de 1991, regulaba la práctica del reconocimiento a través de fotografías, de la siguiente manera:

“Cuando fuere el caso de un reconocimiento por medio de fotografías, por no estar capturada la persona que debe ser sometida al mismo, la diligencia se hará sobre un número no inferior a seis fotografías cuando se tratare de un solo imputado, y en lo posible

se aumentarán en la misma proporción, según el número de personas a reconocer. En la diligencia se tendrán las mismas precauciones de los reconocimientos en fila de personas, deberá estar presente el defensor, el Ministerio Público y de todo se dejará expresa constancia.

Si de la diligencia resultare algún reconocimiento, las fotografías se agregarán a la actuación.”

Nótese que de la redacción de la preceptiva transcrita, equivalente al actual artículo 304 del estatuto instrumental, se desprende que el reconocimiento por medio de fotografías puede hacerse cuando contra una persona que no está capturada figuran en el proceso imputaciones de su eventual compromiso en actividades delictivas y resulta conveniente ponerle de presente su imagen, acompañada de las de otras personas con características similares, a quien ha de hacer el reconocimiento, pues no de otra forma se explica la exigencia de que concurra el defensor del individuo que se ha de reconocer.

En este asunto, como así también lo percibió el agente del Ministerio Público, no se trataba de reconocer en forma específica y concreta a ESPINOSA VALENCIA, toda vez que en ese momento la investigación no se dirigía contra él. Tan claro es esto, que en la pregunta que antecedió el señalamiento que hizo RODRÍGUEZ se le preguntó no por la presencia de aquél en la escena de los hechos, sino que se le exhibieron unas fotografías obtenidas por los cuerpos de inteligencia para que expresara si alguna de las personas reflejadas en las imágenes había participado en los mismos.

El señalamiento positivo que hizo ALVEIRO RODRÍGUEZ en aquella oportunidad fue, como se sabe, lo que determinó que se ordenara la vinculación de GIOVANNI ESPINOSA al proceso, lo cual ocurrió con posterioridad a la mentada diligencia, en la cual, por esa potísima razón, no era menester la presencia de un agente del Ministerio Público, ni la de un defensor, por evidente sustracción de materia (cfr. sentencia del 12 de junio de 2003,

radicación 15.050, Magistrado Ponente Solarte Portilla).

De esa forma deviene la necesaria conclusión de que el reconocimiento efectuado en las condiciones especificadas no se realizó en contravención de dispositivo legal alguno y que, por tanto, los juzgadores tampoco erraron cuando lo sometieron al tamiz de la crítica probatoria.

Por falta de razón en los argumentos, entonces, el reproche será desestimado.

Error de hecho por falso juicio de identidad

En dos capítulos separados, el casacionista presenta la posible presencia de un error de apreciación de las versiones rendidas por ALVEIRO RODRÍGUEZ y Juan Manuel Beleño, porque a partir de ellas los juzgadores concluyeron que GIOVANNI ESPINOSA fue coautor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas que se le imputan, cuando aquellas personas en ningún momento expresaron que éste fue coautor o que participó en la elaboración de plan encaminado a darle muerte a los esposos Waked o que estuvo en la escena de los hechos. De esa manera, dice el casacionista que a la prueba se le dio un sentido que no tiene.

Reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte tiene sentado que el error de hecho por falso juicio de identidad se presenta cuando el juzgador distorsiona el hecho objetivo revelado en la prueba, bien porque altera su expresión fáctica o porque la secciona o la adiciona, de tal manera que la pone a expresar un fenómeno vivencial diferente.

En el embate argumental desplegado por el actor para socavar la presunción de acierto y legalidad que ampara a las sentencias, pierde la perspectiva de demostración adecuada de la falencia, porque si bien confronta de manera literal segmentos de las declaraciones dadas por RODRÍGUEZ y Beleño con fragmentos de los razonamientos judiciales, a renglón seguido se duele de que con base en esos medios suasorios se

declarara a ESPINOSA como coautor.

Pero esa crítica no la hace el censor como producto de la puesta en evidencia de la falta de identidad entre la expresión fáctica de la prueba y la valoración judicial, sino como resultado de su propio análisis, que lo lleva a sentar premisas diferentes a las fijadas por los juzgadores.

A manera de ejemplo, véase cómo es el discurso del demandante:

“Las manifestaciones del implicado ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ a las cuales se les confirió el carácter de testimonio, no corresponden con las afirmaciones y conclusiones que quedaron consignadas en la sentencia de primera y segunda instancia; es decir, hubo un alejamiento del contenido literal de la prueba pues en momento alguno el mencionado criminal afirmó que el doble homicidio de los señores WAKED NASSER hubiese sido la consecuencia de un plan, de una unión de propósito con división de trabajo y con clara asignación de funciones al señor GIOVANNY ESPINOSA.

...

Como se advierte, a pesar de las mentiras que campean en la injurada de RODRÍGUEZ CARVAJAL y que fueron detalladas al momento de resolver situación jurídica, lo cierto es que el testigo en ningún momento ubicó a GIOVANNI ESPINOSA como autor material del hecho ni como partícipe de ideación, planeación o acuerdo de voluntades para llevar a cabo el execrable hecho. Es decir, nunca aludió a una coautoría entendida como un plan con división de trabajo en la forma como se refiere a ese testimonio el Juzgado de Primera Instancia y el Honorable Tribunal Superior.

...

El error de hecho que se plantea surge porque el fallador desarticuló la literalidad del

testimonio de ALVEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL y de ella concluyó que éste había señalado a ESPINOSA como Coautor, lo que es equivocado, pues el testigo nunca hizo tal afirmación. De no haberse incurrido en tal error de hecho, el sentido del fallo hubiese sido distinto pues no se hubiera llegado a la conclusión de que por conducto de la declaración de RODRÍGUEZ se podía acreditar la coautoría de mi prohijado, cuando las demás pruebas, y así lo acepta el Juzgado, indican que no estuvo en el lugar del hecho ni ejerció conducta activa u omisiva. Es objetivamente imposible deducir del testimonio de RODRÍGUEZ una coautoría cuyo concepto jurídico exige la ideación del plan, el acuerdo de voluntades y la ejecución mancomunada con dominio del hecho.

Si el testigo RODRÍGUEZ no ubica a ESPINOSA como coautor ni integrante de empresa criminal alguna, resulta inexplicable otorgarle tal calidad frente al homicidio y al porte ilegal de armas, delito éste que aparece demostrado con la misma declaración de RODRÍGUEZ, pero en cuyo contenido no se menciona al señor ESPINOSA como coautor de esta infracción.

Las observaciones respecto de la valoración de las manifestaciones de Beleño son del siguiente tenor:

“En ninguna de las apariciones procesales de BELEÑO efectuadas sin juramento durante el proceso que se le adelantó por el doble homicidio de los esposos WAKED NASSER se refirió a GIOVANNI ESPINOSA como coautor del hecho. Es, como lo expresé, a partir del trámite de colaboración eficaz en que empieza a referirse a los supuestos coautores o partícipes del hecho; pero nótese Honorables Magistrados, que vista esta evidencia como una unidad jurídica, tampoco se aprecia que hubiese hecho una referencia expresa a mi defendido...

Conforme con este relato el colaborador con la justicia precisa los nombres de las personas que planearon el homicidio, pero no menciona a GIOVANNI ESPINOSA, no lo

conoce y lo que dice de ese que llama 'agente del DAS' no son actos que impliquen un dominio del hecho, una contribución dolosa y voluntaria, una acción encaminada a cometer delito alguno. No se comprende por qué si el testigo sabe tanto y con detalle y es coautor del hecho, no conoce el supuesto coautor que dice es agente del Das de quien afirma era un simple acompañante.

...

De estas afirmaciones que no fueron las inicialmente esbozadas, tampoco surge la coautoría que equivocadamente dedujeron las instancias de la tergiversación del contenido literal de la prueba. Beleño no podía reconocer a GIOVANNI ESPINOSA y porque no se ha probado que estuviera en el escenario de los hechos ni planeando o urdiendo la ejecución antes del execrable hecho. Lo que este testigo dijo conocer fue de 'oídas', fue lo que le transmitieron otras personas, pero no es la evidencia de una coautoría cuyo plan de ejecución no se ha demostrado ni a él hizo referencia BELEÑO.

Lo único cierto es que BELEÑO no insinuó o afirmó que ESPINOSA hubiese actuado como coautor, tal y como se expresó en el fallo de primera y segunda instancia, donde se aludió a un plan, a una empresa criminal, a un cometido conjunto previamente planeado. El señor BELEÑO lo que hizo fue colocarse en una posición accidental interviniente en un hecho que dice no haber planeado o concebido. La breve referencia en que BELEÑO ubica a GIOVANNY dialogando con DIAZ CABARCAS, se presenta mucho después de la primera entrevista de colaboración eficaz llevada a cabo el 13 de enero de 1998...

En verdad, del contenido de la declaración de BELEÑO se comprueba que no conocía a GIOVANNI ESPINOSA, tanto así que en la diligencia de Audiencia Pública no atina a señalarlo pese a que lo tuvo en frente (sic) suyo, aspecto de gran importancia para desnaturalizar la supuesta coautoría que fue deducida. Sin plan común o acuerdo previo para la

ejecución de un delito no hay coautoría pues lo mínimo es que los múltiples autores tengan establecida la función de cada uno, así el hecho sea concomitante al acuerdo mismo. Pero un autor que después de tres años no conoce a su compañero de ejecución material delictiva, no puede ser tenido como evidencia de la coautoría misma”

La narración de ALVEIRO RODRÍGUEZ sobre los sucesos, con la indicación del comportamiento de ESPINOSA se suscitó en la referenciada diligencia de continuación de indagatoria, en los siguientes términos:

“PREGUNTADO: Afirma el señor BELEÑO que usted se bajo (sic) con ROJAS y CABARCAS y que procedieron a dispararle a los esposos WAKED en presencia de sus hijos todos menores de edad que tiene usted para explicar? CONTESTO: Doctor yo quiero dejar una constancia aquí en este momento, de que recuerdo los hechos que usted menciona pero no en la forma como este señor los hace ver, ya que yo me vi involucrado en estos hechos de manera muy casual sin nunca haber planeado o haber tenido conocimiento de lo que se iba a realizar. Lo que pasó ese día fue lo siguiente: el señor Teniente POLO me llamó, me dijo que había que hacer una actividad, que había una platica, yo lo tomé muy normal porque en el UNASE en lo que tiene que ver con extorsiones y secuestros, generalmente uno tiene una recompensa cuando el afectado queda agradecido remunera al grupo que le colaboró, entonces yo lo tomé muy normal y el Teniente que fuera con este agente, que no recuerdo el nombre completo de él, pero si se que le decían LA ARAÑA, que él ya sabía que era lo que había que hacer, efectivamente ellos me recogieron, no se me hizo extraño de las dos personas que iban con él, ya que yo pensé que eran informantes o personas del caso, posteriormente nos encontramos con GIOVANNY, quien le dijo a este muchacho, al agente que ya venían, vuelvo y le repito que lo se que estaba haciendo, no sabía cual era el objetivo real y las personas que estaban esperando. Cuando ellos conocieron el carro, dijeron hay que pararlo y nosotros sacamos la mano para indicarle que parara, claro, cuando el carro paró se bajo (sic) el agente y un muchacho que iba en la parte de adelante del carro y ellos llevaban unos fusiles, yo no los había visto, de los

que nosotros denominamos R15, tampoco se quien era el dueño de ese armamento ni de donde provenía, porque cuando ellos me recogieron, ya venían ellos entre el carro con eso, ellos se bajaron y yo me esperé dentro del carro, cuando yo escuche (sic) los disparos, inmediatamente que yo escuche (sic) los disparos, yo me baje (sic) del carro, porque hasta ese momento yo no entendía que iban ellos (sic), cuando yo me baje (sic) del carro ellos ya venían corriendo...En la camioneta blanca no recuerdo quien (sic) iba exactamente, solo se que vi a GIOVANNY, cuando hablaba con el agente CABARCAS. GIOVANNY, no me di cuenta si él nos venía siguiendo o él se quedó o si venían detrás del vehículo que ellos tenían como objetivo, no lo recuerdo exactamente me refiero a GIOVANNY...".

La primera declaración de JUAN MANUEL BELEÑO, dada con ocasión de la entrevista que se le hizo dentro del trámite de otorgamiento de beneficios por colaboración con la justicia, fue en este sentido:

"El día 2 de enero del año 95, me encontraba en el aeropuerto Simón Bolívar de Santa Marta, era mi estación de trabajo como taxista... ese día aproximadamente a las seis y media de la tarde, esto en cuanto empezaron los hechos... me llamó el señor RIGOBERTO ROJAS y su padre ADAN ROJAS, ellos son paramilitares y los agentes del grupo UNASE, WILMER ENRIQUE DÍAZ CABARCAS, quien también fue condenado conmigo, ALBEIRO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, suboficial y LIAN DAVID POLO, oficial, en esa fecha 3 de enero pertenecía al grupo unase, CAMILO ROJAS, sobrino de ADAN ROJAS, un señor turco que no le se el nombre, que se andaba con un agente del Das, en movilizaba en luz (sic) blanca, ese señor agente del Das y el turco no le se el nombre... ese fue el mismo truco (sic) que vi el día de los hechos y fue el que dio la orden para que siguieran a la Burbuja cuatro puertas donde iban las víctimas... En cuanto a ADAN ROJAS, RIGOBERTO ROJAS Y LIÑAN (sic) POLO Y EL TURCO y otro agente del DAS, a quien no le se el nombre, andaba con el Turco, ellos se quedaron en BALCONES COSTA AZUL, al lado de la bomba DON JACA, yo estaba en el Aeropuerto cuando ellos me llamaron y llamaron a la central de Radio Taxi

a solicitar el servicio mío y yo me presente a Balcones Costa Azul, donde fui contratado enseguida...”.

En la declaración rendida el 2 de abril de 1998, expresó BELEÑO:

“... los autores materiales del hecho son uno que esta preso se llama ENRIQUE DIAZ CABARCAS, el sub-oficial ALBEIRO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y CAMILO ROJAS no se el segundo apellido, son los que ejecutan el hecho y los intelectuales LIÑAN POLO, el otro agente del D.A.S., que se llama GIOVANNI ESPINOSA agente del D.A.S. que se movilizaba en una camioneta blanca, con un turco el día de los hechos este señor pertenece al D.A.S., esos son todos los que conozco, yo no se por qué matan a esos señores, yo era taxista y trabajaba era afiliado al aeropuerto yo le prestaba servicio al señor ADAN ROJAS y a RIGOBERTO ROJAS ellos me llamaron al aeropuerto por telefono (sic) que me acercara a Balcones Costa Azul donde estaba el teniente LIÑAN POLO, un teniente del UNASE de Santa Marta el señor WILMER ENRIQUE CABARCAS, el señor ADAN ROJAS, RIGOBERTO ROJAS, CAMILO ROJAS, se encontraba parqueado en un carro blanco marca Luv un agente del D.A.S. y el turco estos dos se encontraban al lado de la bomba de Don Jaca ahí recogí al señor WILMER CABARCAS y al señor CAMILO ROJAS los cual los traje hasta la estación del grupo UNASE de Santa Marta luego salimos hacia el barrio el parque de esta ciudad donde vivía el agente WILMER CABARCAS DIAZ luego seguimos antes de eso llegamos a la casa de WILMER CABARCAS recogió un saco que tenía las armas no se que armas el las tenía en un saco y después las saco (sic) sacaron dos armas largas de su casa salimos hacia la remonta donde consiguió al sub-oficial ALBEIRO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ que llegaba en una moto en ese momento y WILMER CABARCAS le dijo que guardara la moto en la oficina del grupo UNASE de Santa Marta que enseguida pasábamos a recogerla luego pasamos a recogerlo al señor ALBEIRO RODRÍGUEZ a la oficina del Grupo UNASE de Santa Marta luego nos dirigimos (sic) a Balcones Costa Azul nuevamente cuando íbamos (sic) llegando aproximadamente a la altura de la entrada al aeropuerto venía la camioneta del D.A.S., con el turco y la venía conduciendo el agente del D.A.S. que se

llama GEOVANNY ESPINOSA el señor WILMER CABARCAS como iba adelante (sic) conmigo al ver la camioneta me dijo que parara el le había hecho seña también que pararan con la mano a la camioneta blanca del D.A.S, ellos se aorillaron en su carril y yo me orille tambien (sic) en mi carril y luego hablaron la araña WILMER CABARCAS, que es la misma persona el cual me dijo que diera vuelta y siguiera la camioneta cuatro puertas que pasaba en ese momento, luego pero WILMER hablo (sic) con el agente del D.A.S y un turco quien le dio la placa del carro que se iba a seguir... lo vi dentro del carro del D.A.S., lo vi sentado y nada más le pude ver la parte del cuerpo que se deja ver de la puerta del carro el día de los hechos se ve que es un señor de talla gruesa de pelo liso y cuando lo motilan le queda el pelo como herizado (sic), yo lo vi rápido ese día de los hechos, el que acabo de nombrar es el agente del D.A.S. de nombre GEOVANNY ESPINOSA, no estoy en condiciones de reconocerlo porque lo vi rápidamente, en transcurso de minutos y no le puse mucho cuidado, el nombre lo se porque lo averigüé pero estoy seguro que él era el que andaba con el turco y el (sic) tenía adscrito el carro ese por el D.A.S. una LUV blanca, eso fue el 3 de enero del 95, y el (sic) permaneció casi todo el día en ese carro... tenía aproximadamente 35 años en ese entonces, no se si esa edad la reflejaba por el cuerpo o por el físico que se le veia (sic) por el carro, esa camioneta estaba adscrita al grupo UNASE por parte del D.A.S. y el (sic) era el jefe del grupo del D.A.S. que trabajaba con el grupo UNASE de Santa Marta es que ese grupo lo conformaban el Batallón, Sijin, el D.A.S. y la Policía... a GEOVANNY ESPINOSA lo vi el día de los hechos dos veces...".

En el testimonio que rindió el 28 de mayo de 1998, expresó BELEÑO:

"Lo que he indagado con WILMER ENRIQUE DIAZ CABARCAS, que se encuentra en estos días aquí, por lo que le van a hacer la audiencia pública, me comentó y me ratificó que los agentes que yo mencioné me refiero a RODRÍGUEZ que fue el suboficial que participó en los homicidios y a los otros dos que son LYAN POLO que era en ese entonces teniente del Unase y el Agente del DAS GEOVANNY ESPINOZA (sic), que era el que andaba con el turco, esto me lo confirmó DIAZ CABARCAS, porque los nombres antes yo lo había

averiguado y de estos tres solo puedo reconocer a ese LYAN POLO y de pronto a RODRÍGUEZ si lo vuelvo a ver y a ESPINOZA (sic) también si lo vuelvo a ver, quiero aclarar que LYAN POLO e IVAN ESPINOZA (sic), ellos no fueron los que dispararon pero si sabían de lo que iba a suceder porque ellos eran los más allegado al Turco apodado EL JIMMY... de ahí salimos para Balcones Costa Azul y proximadamente (sic) entre Bello Horizonte y la entrada al Aeropuerto, venían los dos vehículos, el que venía adelante era la Toyota 4 puerta donde venían las víctimas y atrás la camioneta blanca donde se movilizaban el turco y GEOVANNY, fue cuando día me dijo allá viene la camioneta orillate (sic), enseguida para la camioneta blanca y la de las víctimas siguió, luego se bajo (sic) WILMER del carro hablo (sic) con ESPINOZA (sic) y el turco, WILMER se monta al taxi y me dice vamos alcanzar a la camioneta 4 puertas que le vamos hacer un operativo...".

Sobre la responsabilidad de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA, el juez de conocimiento discurrió en la sentencia de la siguiente forma:

"Ahora, otorgan certeza sobre la responsabilidad de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA, las manifestaciones de ALBEIRO RODRÍGUEZ, quien en varias oportunidades indicó que luego de subirse al taxi con CABARCAS, '... nos encontramos con GIOVANNI, quien le dijo a este muchacho, al agente que ya venían; ... en la camioneta blanca, no recuerdo quien iba exactamente, solo se que vi a GIOVANNI, cuando hablaba con el agente CABARCAS. GIOVANNI no me di cuenta si él nos venía siguiendo ó él se quedó ó si venía detrás del vehículo que ellos tenían como objetivo...'. Igualmente, al mostrársele la foto de ESPINOSA este lo reconoce plenamente, como la persona que manejaba la camioneta blanca, con el que habló CABARCAS en la carretera y quien informó que iba pasando el automotor de las víctimas.

Resultan coherentes sus dichos si leemos atentamente lo afirmado por BELEÑO, quien manifestó que vio a GIOVANNI RODRÍGUEZ (sic) dentro de la camioneta blanca del

DAS, aunque dijo que observó únicamente la parte del cuerpo que se deja ver de la puerta del carro; lo describió como un sujeto de contextura gruesa, de pelo liso, de quien dijo no esta en condiciones de reconocerlo porque lo vio rápidamente, dijo que el nombre de él lo supo porque lo averiguó.

Es de advertir que no se observa en la declaración de BELEÑO ni en la RODRÍGUEZ (sic) algún ánimo protervo, veamos:

A RODRÍGUEZ no le conviene de ninguna forma confirmar los dichos de BELEÑO puesto que de una forma u otra se corroboraría lo afirmado por JUAN MANUEL en contra de aquél, sin embargo ALBEIRO con el animo de decir parcialmente la verdad sin que resulte inmiscuida su responsabilidad, relata muchas situaciones de la misma forma como lo hace BELEÑO, además en ningún momento se demostró dentro del proceso que hubiera existido algún tipo de malestar o rivalidad entre ello, como para que se pueda decir que existe un animo retaliativo en sus declaraciones.

De lo señalado por BELEÑO, ello confirma aun más su sinceridad y desinterés, como quiera que éste pudo perfectamente incriminar a GIOVANNI sin necesidad de aclarar que, no lo observó claramente en la camioneta y de esa forma manifestar que, no le fue posible reconocerlo, sin embargo no ocultó que logró averiguar el nombre de la persona que manejaba la camioneta blanca del DAS, y que conoció los nombres de ESPINOSA y RODRÍGUEZ, a través de DIAZ CABARCAS y VENGOECHEA.

...

2. Del porte ilegal de armas...

En lo que respecta a LIAN DAVID POLO OBISPO y GIOVANNI ESPINOSA, debe indicarse que se hallan incurso en este reato, en atención a (y esto es predicable para todos los procesados) su activa participación en el homicidio de los esposos WAKED NASSER, la

cual se encuentra suficientemente probada como quedó expuesto líneas atrás. Entonces, si para el 3 de enero de 1995 ALBEIRO RODRÍGUEZ, CAMILO ROJAS y WILMER DIAZ CABARCAS cuando asesinaron al matrimonio WAKED NASSER portaban armas de uso privativo y de defensa personal, y siendo que se demostró que LIAN DAVID y GIOVANNI integraban el grupo homicida que puso fin a la vida de JAMEL y SAMIRA WAKED NASSER, fuerza concluir que debe atribuírseles el porte de los referidos artefactos...

No ofrece, entonces, duda alguna el hecho de que, previo el acuerdo criminal para la comisión del homicidio y porte ilegal de armas, los integrantes del grupo delincucional se unían en su propósito, lo que conlleva una integración en el resultado obtenido, puesto que al urdir sus planes ilícitos dividían nítidamente las funciones de la macabra empresa, sometiéndose conjuntamente a los eventuales resultados que en desarrollo de la misma se produjeran, tal y como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia...

Es esta modalidad especial de coautoría, la que doctrinalmente se califica como impropia, ya que cada uno de los copartícipes realiza una función distinta pero determinada previamente dentro de la organización criminal, con una entidad de designio que los ubica en un plano de igualdad frente a la responsabilidad penal que ha de afrontar por los diversos delitos cometidos por la 'sociedad criminal'

Con base en las anteriores consideraciones, LIAN DAVID y GIOVANNI deben ser enjuiciados como coautores de los punibles en cuestión, como en efecto fueron acusados, toda vez que '...los coautores responden por el total delictivo, que es la obra común, no solamente por las acciones de modo individual realizadas'."

El tribunal plasmó los razonamientos que siguen en la sentencia atacada:

"Encuentra EL TRIBUNAL que las pruebas allegadas a la investigación no dejan duda respecto de la participación de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA, en los ilícitos de doble homicidio agravado con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso

privativo de las fuerzas militares.

Si bien es cierto, se logró demostrar que según los registros llevados por el grupo UNASE, para el día 3 de enero de 1995, el procesado ESPINOSA VALENCIA se encontraba en comisión en el municipio de Pivijai, también es cierto que su presencia en el lugar que se desarrollaron los acontecimientos es real, como quiera que el levantamiento de los cadáveres sucedió a las 4:35 de la tarde, es decir, aproximadamente cuatro horas después de su presunta llegada a ciudad de Santa Marta.

Teniendo en cuenta la hora de los hechos, así como la hora de llegada de la camioneta a las instalaciones del D.A.S., es perfectamente posible que momentos antes, hubiera estado en la vía que de Santa Marta conduce a Riohacha, pues los hechos ocurrieron aproximadamente a las 3:00 de la tarde y, según la minuta del D.A.S., el vehículo regresó a las 3:35 p.m. (fl. 311 y 313-5).

Arroja total certeza, la circunstancia que GIOVANNY ESPINOSA tenía asignada por el UNASE, una camioneta marca Luv, color blanco, de tiempo completo; vehículo que indiscutiblemente conducía el día de marras, como así lo puso de presente en su diligencia de indagatoria (fl. 277-9) y, según el listado de automotores facilitado por el D.A.S. (fl.320-5).

Sobre tal circunstancia no existe duda alguna dentro del encuadernamiento, más aún cuando a ella convergen los testimonios de JUAN MANUEL BELEÑO y ALBEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARVAJAL, aún a pesar de que este último en una de sus declaraciones haya referido otra marca del automotor, ya que lo importante para su determinación es el tipo de vehículo -camioneta- y el color.

Por su parte, ALBEIRO ERNESTO RODRÍGUEZ CARAJAL (sic), adujo que durante el tiempo que estuvo trabajando en el UNASE, tenían a su disposición dos camionetas mazda blancas y, que entre los conductores estaba GIOVANNI ESPINOSA. Este testimonio es

quizás uno de los más importantes dentro del desarrollo de la investigación, pues al igual que JUAN MANUEL BELEÑO y los otros encausados, ante las primeras pesquisas de las autoridades deciden negarse a responder cualquier pregunta y no comprometer a ninguna persona, sin embargo, en el caso particular de RODRÍGUEZ CARVAJAL, luego de rehusar completamente las preguntas realizadas por el ente instructor, decide colaborar y poner al descubierto los hechos por los cuales él fue llamado a juicio (fl. 248-8).

...

La versión de ALBEIRO RODRÍGUEZ encuentra asidero dentro de las pruebas recaudadas, en especial lo dicho por JUAN MANUEL BELEÑO, con quien concuerda en muchos de los aspectos fácticos ocurridos.

Recuérdese que BELEÑO GONZALEZ al inicio de sus intervenciones guardo (sic) silencio de las amenazas de POLO OBISPO, implicando por eso, que al momento de su captura su actitud era insegura, razón por la cual decidió no delatar a las personas que participaron en el homicidio referido.

...

Ahora bien, con relación a las manifestaciones de JUAN MANUEL BELEÑO, es preciso realizar un recuento históricos de estas, con el fin de determinar su veracidad y concordancia, con los demás elementos de juicio allegados.

...

En audiencia pública reafirmó su versión inicial y en especial en lo que hace relación a GIOVANNI ESPINOSA, no obstante haber sido imposible su reconocimiento, circunstancia que se debe lógicamente al tiempo transcurrido desde los homicidios y al escaso contacto que tuvo con el procesado (fl. 101-30 acumulado).

Lo cierto es que se encuentra probado que para el día del homicidio referido, la persona que tenía a su cargo un vehículo tipo camioneta, color blanco del UNASE, era GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA.

...

Así las cosas, durante el transcurrir procesal y en las diferentes versiones suministradas por JUAN MANUEL BELEÑO no se aprecia incoherencia alguna, y mucho menos, interés en involucrar a una persona que no tenga nada que ver con los hechos investigados, máxime cuando lo dicho por él, fue confirmado por otro de los involucrados en los acontecimientos, como es ALBEIRO RODRÍGUEZ CARVAJAL.

En conclusión, las pruebas recopiladas, indican sin lugar a equívocos la participación de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA en el doble homicidio de los esposos WAKED NASSER, así como en las conductas punibles de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares, estos últimos en virtud de la comunicabilidad de circunstancias, debido a la división de tareas que desplegó cada uno de los intervinientes en los hechos. Precisamente, sobre el porte de armas, emana prueba directa que indica utilización para el fin delictivo común, al que se ha hecho referencia en precedencia, pues debe recordarse que dentro del vehículo que para el día 3 de enero de 1995, conducía JUAN MANUEL BELEÑO, se encontraron elementos bélicos de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares.”.

Como puede observarse, los juzgadores llevaron a las sentencias el contenido exacto de las versiones que suministraron ALBEIRO RODRÍGUEZ y JUAN MANUEL BELEÑO en su exacta dimensión, al punto que destacaron sus contradicciones e inconsistencias, por manera que no puede sostenerse que la expresión fáctica de esos elementos de convicción fue distorsionada.

La deducción de la responsabilidad de GIOVANNI ESPINOSA se hizo a partir del análisis

armónico de aquellos medios probatorios, tanto de manera intrínseca como extrínseca, en conjunto con otros elementos de persuasión y con apego a las reglas de la sana crítica, como puede cotejarse del ejercicio comparativo que atrás quedó incorporado de manera extensa.

Es cierto que ninguno de los declarantes en cuestión, RODRÍGUEZ y BELEÑO, hicieron mención a que ESPINOSA hubiera participado en la elaboración del plan criminal y que en la realización de éste le correspondió el desarrollo de determinado papel.

Pero esa circunstancia no es impedimento para que se le haya asignado la calidad de coautor, pues no es usual que las personas que declaran ante las autoridades judiciales empleen con rigor y suficiencia esa clase de términos técnico jurídicos, propios de la dogmática penal y plasmados en la ley. Es a los funcionarios a quienes les corresponde declarar si de las pruebas, en concreto, de los testimonios, se desprende el grado epistemológico necesario para señalar que están reunidos los condicionantes fácticos de un determinado instituto jurídico penal, como en este caso el fenómeno de la coautoría.

La atribución de responsabilidad como coautor a ESPINOSA VALENCIA no dependía de que así lo expresaran los testigos, sino de que ese particular modo de intervención en el nefasto acontecimiento tuviera reflejo en el material de prueba sometido al escrutinio judicial.

En este caso, los falladores encontraron, basados en ese análisis convergente y acoplado de las piezas probatorias, que el supuesto fáctico determinante de la figura legal de la coautoría se había configurado en el comportamiento de GIOVANNI ESPINOSA, pues concluyeron que integraba el grupo que se propuso atacar de manera mortal a los esposos WAKED NASSER y que su papel fundamental consistió en señalar de manera clara a los ejecutores materiales el paso de las víctimas.

Con facilidad puede percibirse que el esfuerzo dialéctico del casacionista no es idóneo

para descubrir error de apreciación con incidencia en la estructura argumental de las sentencias, toda vez que su empeño estuvo dirigido a exponer una percepción valorativa diferente a los medios de convicción, en orden a que se prefiriera sobre el grado suasorio que a los mismos fijaron los falladores.

Por más encomiable, profundo y juicioso que sea ese estudio, resulta inane en cuanto el bastión que protege a las sentencias, el manto de acierto y legalidad que de ellas se presume, resulta inamovible mientras la discusión gire en torno a los criterios de valoración, porque en una tensión semejante, en tanto descansan en un sano raciocinio, los judiciales prevalecen, como en este caso.

Por las razones precedentes la censura será desestimada.

Demanda presentada en nombre de ALBERTO ORLANDE GAMBOA

Primer cargo. Violación directa

Pregona el censor en este punto que la sentencia de segundo grado violó de manera directa, por aplicación indebida, el artículo 341 del Código Penal, y por falta de aplicación los artículos 9º y 10º ibídem, porque estima que en virtud del tránsito de legislación se produjo una atipicidad sobreviniente.

El demandante puntualiza que ALBERTO ORLANDE GAMBOA fue acusado por el delito que preveía el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, el cual tipificaba el delito de conformación de grupos paramilitares, por financiar, como persona individual, tales agrupaciones. Sin embargo, fue condenado por el previsto en el artículo 341 del Código Penal vigente, denominado entrenamiento para actividades ilícitas, normativa que no contempla el verbo financiar que sí estaba consagrado en aquella disposición.

Además, agrega que tampoco es posible invocar el inciso 2º del artículo 340 de la Ley

599 de 2000, el cual sí sanciona la conducta de financiar grupos armados al margen de la ley como una modalidad del concierto para delinquir, porque, en primer lugar, ORLANDE GAMBOA fue absuelto de los cargos que por esa especie delictiva se le formularon y, en segundo término, porque el aludido precepto hace referencia al acto desplegado por un número plural de personas y no cobija la actividad de 4financiamiento llevada a cabo por un solo individuo.

Como primera medida se hace necesario precisar que ALBERTO ORLANDE GAMBOA fue acusado del delito de concierto para delinquir con fines de sicariato dentro de la causa que se adelantó por las muerte de Francisco Valdeblánquez Levette y Edwin Rafael González Llerena, la cual, junto con la seguida por la de Hugo Sarmiento de Pindray, se acumuló a la actuación por el homicidio de los esposos Waked Nasser. De ese específico cargo fue absuelto en la sentencia de primer grado.

La tesis del casacionista consistente en que el legislador dejó de considerar ilícito el financiamiento de grupos armados al margen de la ley, carece de cualquier fundamento, porque parte de una premisa sofística cual es la de sostener que tal conducta sólo adquiere el carácter de punible cuando se realiza en el contexto de un concierto para delinquir, pero que deja de serlo si se despliega de modo individual.

El tipo penal por el cual fue acusado ORLANDE GAMBOA, estaba recogido en el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, el cual fue adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, artículo 6º. La siguiente era su redacción:

“Quien promueva, financie, organice, dirija, fomente o ejecute actos tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, será sancionado por este solo hecho con

pena de prisión de veinte (20) a treinta (30) años y multa de cien (100) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales”.

Pero ocurre que tal precepto fue subrogado por el artículo 26 de la Ley 365 de 1997, es decir, antes de que se prohiriera la acusación contra ALBERTO ORLANDE GAMBOA. De esta circunstancia aparece de modo protuberante que para la fecha del pliego de cargos, 5 de agosto de 1999, no subsistía dentro del ordenamiento jurídico el citado artículo 1º del Decreto 1194 de 1989.

Sin embargo, no puede predicarse que las conductas que la norma en cuestión reprimía dejaron de ser punibles o que, en palabras del demandante, hayan sido descriminalizadas. Veamos:

De acuerdo con el diseño del artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, las conductas alternativas de promoción, financiamiento, organización, dirección, fomento o ejecución debían estar dirigidas a un propósito: la formación o el ingreso de personas a grupos armados ilegales.

Esos comportamientos fueron erigidos en delito en su oportunidad por el legislador extraordinario para enfrentar fenómenos de criminalidad que perturbaban de manera aguda el orden público. Tan es así, que en las consideraciones que se expusieron al expedir el decreto, se expresó:

“Que los acontecimientos que vienen ocurriendo en el país, han demostrado que existe una nueva modalidad delictiva consistente en la comisión de actos atroces por parte de grupos armados, mal llamados paramilitares, constituidos en escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada, cuya existencia y acción afectan gravemente la estabilidad social del país, las cuales deben reprimirse para lograr el restablecimiento del orden y la paz públicos”.

Teniendo en cuenta la teleología que se buscaba con la expedición de ese precepto, artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, cual era evitar la conformación de tal clase de agrupaciones ilícitas, es fácil entender que quiso el legislador anticipar la protección del bien jurídico comprometido, el de la seguridad pública, a un punto en que consideró punibles los actos preparatorios que iban dirigidos a la formación o ingreso de personas a tales grupos, es decir, los de promoción, financiación, organización, dirección, fomento o ejecución que propendieran a esa finalidad.

De esa forma puede señalarse que se erigió una modalidad muy específica de concierto para delinquir, porque la realización de cualquiera de esas actividades reflejadas en los verbos alternativos que contenía la normativa en cuestión, lleva implícita la concurrencia de voluntades en orden a lograr el nacimiento del grupo o el ingreso de personas al mismo, pues es claro que, por ejemplo, quien promueve, fomenta, financia o dirige actos para obtener ese empeño, debe contar con el concurso de otras querencias, aunque para efecto de la actualización del tipo penal fuese suficiente que se demostrara al menos que la de un individuo aparecía comprometida en alguno de esos comportamientos.

Esa es la explicación racional para que por medio del artículo 26 de la Ley 365 de 1997 se subrogara el 1º del Decreto 1194 de 1989, pues adecuó la técnica legislativa y trasladó la tipicidad contenida en éste a su entorno natural, el del concierto para delinquir, al reformar el artículo 186 del Decreto 100 de 1980, mediante su artículo 8º, con el loable propósito de dar un tratamiento integral a ese específico fenómeno de criminalidad. El tipo de concierto para delinquir, entonces, quedó redactado como sigue:

“Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuaren en despoblado o con armas, la pena será prisión de tres (3) a nueve (9) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

La pena se aumentará del doble al triple para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir”.

De tal manera, no es posible pensar que pasó a ser indiferente a los ojos del legislador la conducta de quien con el propósito de conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios o para que operaran, se dedicara a financiarlos, pues sigue siendo un interés primordial, vital para la subsistencia del Estado mismo y de sus instituciones, la seguridad pública, en cuanto pervivían y perviven las condiciones materiales que lo llevan a prevenir y enfrentar de la forma más drástica posible el surgimiento y la actividad de esa clase de grupos, ya que la tipificación del concierto para delinquir fue replicada, con algunas adiciones en la Ley 599 de 2000 (artículo 340), y en el 8º de la Ley 733 de 2002.

Como puede colegirse, desde 1989 se considera punible el comportamiento que se le atribuye a ORLANDE GAMBOA, cuyos perfiles fácticos fueron delineados en la resolución de acusación, toda vez que desde el Decreto 1194 de ese año (8 de junio), se considera punible la conducta de promover, financiar, organizar, dirigir, fomentar escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de justicia privada.

Siendo así las cosas, aparece con absoluta nitidez que el ejercicio argumental del censor resulta sofisticado en cuanto se puede concebir como un mecanismo de distracción, en razón

de que omitió con habilidad hacer referencia al evento de subrogación que, suscitado en el año de 1997, dio lugar al traslado o reacomodo de la tipicidad en otro precepto que comprendía mejor toda aquella gama de conductas con potencialidad de agredir la seguridad pública bajo la forma del concierto para delinquir.

Dentro de ese marco conceptual es imperativo concluir que el pedimento del casacionista para que se reconozca una atipicidad sobreviniente es infundado y, por tanto, la censura misma se torna inconsistente, motivo por el cual será desestimada. Esto, sin perjuicio de que con posterioridad la Corte introduzca los correctivos que se imponen.

Cargos subsidiarios.

En dos capítulos diferentes el actor aglomera como subsidiarios diferentes reproches afincados en la causal 1ª de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, causada por errores de hecho y de derecho. En el segundo de tales capítulos, repite las censuras, excepto de una por falso raciocinio. En estas condiciones, la respuesta de la Corte comprenderá los cargos repetidos en una sola y, por razones metodológicas, en un mismo apartado dará respuesta a los ataques que a pesar de hacer referencia a prueba diferente, tienen coincidencia argumental.

Error de hecho por falso juicio de existencia.

El demandante denuncia la sentencia de segunda instancia por infracción indirecta de la ley sustancial, a causa de un error de hecho por falso juicio de existencia, originado en la omisión de unos elementos de juicio allegados a la actuación.

La falencia condujo a la aplicación indebida del artículo 341 del Código Penal, y a la falta de aplicación de los artículos 9º y 12 ibídem, así como del artículo 232, 2º inciso, del Código de Procedimiento Penal.

La prueba excluida de análisis, sostiene el casacionista, es de carácter documental, la cual demuestra que ALBERTO ORLANDE GAMBOA estuvo privado de la libertad entre el 26 de enero de 1993 y el 23 de octubre de 1994, la cual era importante para evaluar la credibilidad del testimonio bajo reserva del testigo clave 02, quien se supo responde al nombre de Nicolás Antonio Sierra Palacios después de levantarse tal reserva.

Se trata de las copias de la indagatoria rendida por ORLANDE GAMBOA el 29 de enero de 1993, de la ampliación de esa diligencia llevada a cabo el 1º de febrero de ese mismo año, de la providencia por medio de la cual se le resolvió la situación jurídica, así como la de fecha 25 de septiembre de 1995 con la cual el Tribunal Nacional confirmó la preclusión de la investigación proferida a favor de aquél, documentos que fueron trasladados del proceso radicado bajo el número 25.187.

Como lo recuerda el señor agente del Ministerio Público, es esencial en orden a una debida demostración de un yerro de la naturaleza aducida por el actor, hacer el señalamiento concreto del medio suasorio excluido, enseñar su expresión fáctica y establecer que la incidencia del desatino en la decisión cuestionada es de tal magnitud, que enfrentado aquel contenido a las premisas argumentales del fallo éstas no se sostienen y, por tanto, el sentido de la resolución debe ser mutado.

Como lo percibió el Procurador Delegado, el impugnante se limita, luego de mencionar el conjunto probatorio que se dejó al margen de apreciación, a formular unas críticas sobre la credibilidad del testigo que en un principio tuvo su identidad reservada, en particular sobre lo que Sierra Palacios informó respecto de la reunión que tuvo ORLANDE GAMBOA con ADÁN ROJAS en la ciudad de Santa Marta como una semana después de que ORLANDE recobrara la libertad, esto es, después del 23 de octubre de 1994, luego, si el mismo testigo dice que estuvo infiltrado en la organización de ROJAS por los años 1991 y 1992, y que el último contacto con esa familia fue en marzo de 1994, debe concluirse que miente.

Sobre ese despliegue de razonamientos caben dos observaciones. La primera, que en sede de la violación indirecta de la ley sustancial, como harto se ha repetido, no es de recibo poner en liza los criterios de valoración probatoria fijados por los juzgadores, pues esta es una tarea que se finiquita en las instancias y por cuanto el objeto del recurso extraordinario, entre otros, es el de examinar si la sentencia se produjo con arreglo al ordenamiento jurídico.

La segunda, que el actor omite considerar que la responsabilidad de ALBERTO ORLANDE GAMBOA respecto de la conducta punible que se le imputa fue fijada con base en el análisis conjunto de otros medios de convicción, prisma valorativo respecto del cual el demandante no hizo comentario alguno, así como también dejó de lado estimar que se tuvieron en cuenta otros fragmentos de la exposición del testigo, frente a los que el impugnante tampoco hace ni una mínima referencia.

Los siguientes son apartes del discurso del casacionista, que ilustran la inconsistencia del reproche:

“No obstante lo que expresan esos documentos, los juzgadores hicieron caso omiso de su existencia. Si hubieran sido apreciadas, se habría concluido que lo dicho por el testigo Nicolás Antonio Sierra Palacios, o testigo clave número 2, no tiene la credibilidad que se le otorgó en las instancias, al punto de constituirse en la piedra angular del fallo impugnado y el único referente probatorio que se tuvo en cuenta por el a-quo para fincar responsabilidad a mi prohijado...

...

Resulta palmar, en consecuencia, colegir que el testigo miente, que la reunión nunca tuvo lugar y que, por ende, su dicho no puede admitir ninguna credibilidad...

Este aspecto, pues, es determinante para minar credibilidad a lo que dice el testigo,

frente a lo cual el juzgador de segundo grado simplemente optó por restarle importancia con el argumento de que la precisión sobre la reunión es indiferente ante las otras revelaciones contenidas en esta prueba; pero si lo que en verdad sucede es que en un momento dado de su atestación se logra demostrar que el testigo miente de una forma tan evidente, ello es suficiente para restarle toda credibilidad y por lo tanto no puede tenerse su dicho como base para cimentar un fallo de condena”.

Respecto de la situación de ORLANDE GAMBOA el tribunal plasmó las consideraciones que siguen:

“No existe duda alguna respecto de la participación de ALBERTO ORLANDE GAMBOA, en el ilícito de conformación de grupos de justicia privada, pues así se indica por las pruebas que fueron oportunamente allegadas a la investigación.

Al respecto se cuenta con la declaración de un testigo con reserva de identidad, de fecha 15 de abril de 1993, quien afirmó que estuvo vinculado con una organización de narcotráfico y sicariato, cuyo adiestramiento tuvo ocasión en una Hacienda ubicada en el Alto San Jorge, límites de Monte Líbano, Córdoba y Montería, que dicha organización era liderada por ALBERTO ORLANDE GAMBOA, alias ‘El Caracol’. Manifestó igualmente que el mencionado sujeto, ejercía bastante presión a través de los grupos de sicarios, para dar muerte a personas que le habían servido o que creía enemigos ó enemigos de la organización (fl.2-7).

Testigo con reserva de identidad, clave 1, quien el 17 de junio de 1998 narro:...

Confirma lo anterior, un informe de investigación en el cual se relata que ALBERTO ORLANDE GAMBOA hace parte de una organización que cuenta con hombres amados a su servicio, entre cuyas actividades se cuenta igualmente con el tráfico de estupefacientes (fl. 90-6)

Declara la Directora del D.A.S. de Risaralda, quien confirma la existencia del grupo de justicia privada comandado por ADAN ROJAS (FL. 387-3). En igual sentido, se cuenta con otros elementos probatorios que coinciden en fincar la existencia del mencionado grupo de justicia privada, el cual era liderado por ADAN ROJAS, algunos de los referidos medios probatorios fueron señalados en acápite anterior en el cual se realizó un análisis de responsabilidad de CAMILO ROJAS, razón por la cual, esta Sala de Decisión se remite a los argumentos allí analizados para efectos de determinar la existencia real de la referida organización.

Viene a reforzar lo anterior, el testigo con reserva de identidad clave 002, quien hace referencia al apoyo económico que prestaba ALBERTO ORLANDE GAMBOA al grupo paramilitar liderado por ADAN ROJAS, textualmente refiere: ...

Declaración de NICOLAS ANTONIO SIERRA PALACIOS, 6 de noviembre de 1998, adujo que ya había declarado el 7 de julio de 1994 dentro del radicado 21790 con la clave 'testigo No. 002', que los hechos que narró fue por haber estado infiltrado dentro del grupo de ADAN ROJAS, en dos ocasiones en tiempo aproximado de 6 y 3 meses, como miembro del ejército nacional y en razón a labores de inteligencia (fl. 149-8)."

Aunque bien es cierto que la corporación ad quem no estimó las fuentes de conocimiento a que hace alusión el casacionista, también se avizora del exacto contenido de la sentencia que además de la declaración de Sierra Palacios ponderó otros elementos de juicio que lo llevaron a establecer la responsabilidad de ORLANDE GAMBOA, respecto de cuya eficacia probatoria fijada en el fallo el casacionista no enfrentó la fuerza persuasiva de aquellas piezas, de modo que subsiste inmovible la fuerza de tales razonamientos judiciales, así como de la declaración de condena a la que le dan sustento.

Ante la falta de razón del reparo, será desestimado.

Error de derecho por falso juicio de legalidad

En este punto el censor sostiene que la declaración del testigo Nicolás Antonio Sierra Palacios, rendida el 6 de noviembre de 1998, fue escuchada por fuera del término legal para realizar la investigación preliminar, toda vez que esta fase se extendió entre el 26 de enero y el citado 6 de noviembre, cuando, por tratarse de un asunto de competencia de la justicia regional, el lapso máximo para desarrollarla era de cuatro meses, de conformidad con el artículo 324 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el 41 de la Ley 81 de 1993.

De ese modo, agrega, la prueba en cuestión es nula de pleno derecho, razón por la cual los juzgadores, al apreciarla, incurrieron en el error de derecho denunciado.

No puede ser objeto de discusión que la observancia de los términos procesales es una garantía que está imbricada con el debido proceso y es un fundamento de la función pública de la administración de justicia, pues el artículo 29 de la Carta reconoce el derecho que tiene todo sindicado a “un debido proceso sin dilaciones injustificadas”, mientras que el artículo 228 ibídem estatuye que los “términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.

Así, al haberse consagrado el país como Estado social de derecho, la Constitución defiere a los jueces, desde el más encumbrado hasta el que oficia en los parajes más remotos de nuestra geografía, la cara misión de proteger y hacer efectivos los derechos, las libertades y las garantías de todas las personas, con la finalidad de lograr una convivencia pacífica y un orden social justo.

Desde esa perspectiva, el cumplimiento de los términos procesales es una obligación del funcionario judicial, en cuanto constituyen bastión de legitimidad de la correspondiente

actuación y escenario propicio de oportunidad para que los sujetos procesales formulen sus peticiones, presenten sus alegatos o ejerzan su derecho a impugnar, y para que los correspondientes operadores practiquen las pruebas, resuelvan los diferentes incidentes y decidan de fondo el asunto.

En este caso aparece con claridad que el término de indagación preliminar se extendió más allá del término previsto en la ley, pues al tratarse de delitos de competencia de los jueces regionales el término máximo era de cuatro meses, conforme lo señalaba el artículo 324 del derogado Código de Procedimiento Penal, modificado por el 41 de la Ley 81 de 1993, toda vez que su inicio se decretó el 26 de enero de 1998 y culminó el 6 de noviembre del mismo año, cuando se ordenó abrir la instrucción.

Cabe recordar que la actividad preliminar se suscitó con base en la orden de compulsación de copias que emitió un Juez Regional mediante la sentencia del 30 de enero de 1997, que condenó a Wilmer Enrique Díaz Cabarcas y Juan Manuel Beleño González por el homicidio de los esposos Waked así como por porte ilegal de armas, con el fin de que se investigara la presunta participación de ORLANDE GAMBOA en esos sucesos.

Pero no puede señalarse que esa extensión del término legal haya teñido de ilegalidad a la actividad probatoria desplegada en tal espacio, porque lo que tiene la virtud de afectar con el defecto a la prueba allegada, es la prolongación injustificada del respectivo término procesal.

La diaria dinámica de la actividad judicial enseña que no son pocos los procesos complejos a los que se debe enfrentar el funcionario, que impiden cumplir al dedillo los términos fijados en la ley, porque se encuentran dificultades que impiden desarrollar sin tropiezos la función, como ocurrió en este evento, en el cual, además de la compleja naturaleza de los delitos a investigar, así como el número de personas respecto de las cuales se

dirigía, concurría la situación de las distancias, pues quien asumió el conocimiento de la indagación preliminar fue un fiscal con sede en Bogotá quien, a través de comisionados, debía intentar el recaudo de pruebas en Santa Marta y Barranquilla.

Esa circunstancia, aunada a que es evidente la profusa actividad que se desplegó en esa etapa preliminar, deja entender que la prolongación del término que preveía la ley para evacuarla no fue producto de la inercia, incuria o displicencia del funcionario que la tenía a su cargo, por manera que no se produjo ninguna dilación injustificada, que es lo que sanciona la normatividad constitucional.

De otra parte, también es preciso señalar que esas sanciones de que se ocupa la Constitución no tienen el inexcusable efecto de impedir la valoración de los elementos probatorios que se aduzcan por fuera del término legal, sino de irrogar consecuencias penales o disciplinarias al funcionario que de modo injustificado no cumplió a cabalidad con los términos de ley.

Esa línea de pensamiento está reflejada, entre otros pronunciamientos de esta Corte, en el siguiente:

“La carencia de razón para pretender desconocerle valor a los medios de convicción que se alleguen cuando el período de investigación ha vencido, sin haber sido formalmente cerrada, pues aunque los términos procesales han de observarse con diligencia y su incumplimiento será sancionado (art. 228 Constitución), lo que quebranta el debido proceso son las dilaciones injustificadas (art. 29 ib.).

Las sanciones a que se refiere la Constitución Política no apuntan a la invalidez de las pruebas allegadas tardíamente y mucho menos a la nulidad del proceso, sino a las correspondientes consecuencias disciplinarias, y eventualmente penales de mediar dolo, al igual que algunos efectos procesales, como la excarcelación (art. 365 numerales 4° y 5° L. 600 de 2000) y, aún más, la extinción de la acción de llegar a cumplirse el término

de prescripción.

El cumplimiento de los términos, perturbado por la ingente congestión de los despachos judiciales, debida entre otros factores a la muy elevada conflictividad nacional, la inestabilidad legislativa, los trabamientos procesales y las deficiencias de la administración de la Rama Judicial, no puede colocarse por encima de que a la Nación se le asegure la justicia; la prevalencia del interés general; la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la propia Carta; la protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; el cumplimiento de las responsabilidades sociales; la obligación de la Fiscalía General de la Nación de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores; la preservación de la convivencia y, en general, el acceso a la justicia.” (Sentencia del 12 de septiembre de 2002, radicación 15.260, Magistrado Ponente Dr. Pinilla Pinilla).

Además de que la laxitud del término de la indagación preliminar no fue injustificada, aspecto sobre el cual el casacionista no sentó ningún comentario, éste tampoco realizó el menor esfuerzo para demostrar la posible relevancia del defecto, porque elude considerar que la sentencia atacada no tuvo como único basamento el testimonio de Sierra Palacios, por manera que era de su incumbencia poner de relieve que haciendo abstracción de esa prueba y de las inferencias que el fallador elaboró a partir de ella, la sentencia habría tenido un sentido jurídico diferente.

Ante la evidente ineptitud del reproche, será desestimado.

Error de derecho por falso juicio de convicción

El tribunal incurrió en este yerro, sostiene el opugnante, porque apreció dos testimonios de personas cuya identidad se reservó, a pesar de que la Corte Constitucional mediante sentencia C-392 de 2000 declaró inexecutable el artículo 17 de la Ley 504 de 1999, que modificaba el 293 del Decreto 2700 de 1991, reformado a su vez por

el 37 de la Ley 81 de 1993.

Se trata de los testimonios rendidos el 25 de abril de 1993 por un testigo con reserva de identidad sin clave, y el del 17 de junio de 1998, clave 001.

Pone de contraste cómo el a quo se abstuvo de modo expreso de valorar tales elementos de prueba en virtud, precisamente, de la indicada sentencia de inconstitucionalidad, pese a lo cual el ad quem, sin ninguna explicación acerca del motivo por el que los valoraba, apoyó el fallo en tales elementos.

Ciertamente, una de las manifestaciones del falso juicio de convicción consiste en apreciar un medio de convicción al cual la ley no le ha conferido eficacia probatoria alguna, como en este caso a los testimonios bajo reserva de identidad, cuya consagración fue retirada del ordenamiento jurídico en virtud de su contrariedad con la Carta Política por la sentencia C-392 de 2000 (abril 6).

Pero el censor elude abordar algunos aspectos trascendentales en torno a la aducción de los señalados testimonios.

En primer lugar, se tiene que, como lo destaca el Procurador, el numeral duodécimo de la parte resolutive de la sentencia de constitucionalidad en referencia señaló que la declaración surtía efectos a partir de su comunicación al Gobierno Nacional, es decir, hacia el futuro. Esta precisión reporta efectos sobre la legalidad de los testimonios en cuestión, pues ellos fueron recaudados durante la vigencia del artículo 22 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el 1º del Decreto 099 de 1991, a su vez adoptado como legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991, en relación con el testimonio rendido el 15 de abril de 1993 dentro de la radicación 25.187 a la cual también había sido previamente incorporado (homicidio y secuestro de Francisco Valdeblánquez y otro) y traído como prueba trasladada a la actuación preliminar por el homicidio de los esposos Waked, así como la del artículo 293 del Decreto 2700 de 1991, reformado por el 37 de la

Ley 81 de 1993, respecto del restante.

Si se revisan las actas correspondientes a las declaraciones objetadas, es fácil advertir que en el transcurso de las mismas hizo presencia el respectivo agente del Ministerio Público y que cada uno de los testigos estampó allí la huella de su índice derecho, circunstancia de la que dejó clara certificación el aludido funcionario.

Conforme a ese marco, no es factible aducir la ilegalidad de las pruebas así aducidas, por cuanto fueron recaudadas de acuerdo con las normativas que les daban viabilidad.

Ahora, en segundo lugar, surge evidente que con posterioridad al pronunciamiento de inexecutable del artículo 17 de la Ley 504 de 1999, mediante sentencia C-392 del 6 de abril de 2000, los testimonios bajo reserva de identidad, así hayan sido obtenidos con anterioridad y conforme a las disposiciones que los consagraban, no pueden ser objeto de evaluación probatoria por parte de los funcionarios judiciales en cuanto resultan violatorios de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba.

Resulta cierto que el juez de conocimiento excluyó de modo expreso las declaraciones de los testigos bajo reserva de identidad y que el tribunal, sin mediar explicación alguna, los valoró, con lo cual, en principio, el casacionista acierta en su crítica por esa situación.

No obstante, el demandante se queda corto porque no concreta la trascendencia del error, puesto que omite observar que para el a quo fue suficiente la declaración de Nicolás Antonio Sierra Palacios para encontrar el compromiso de ALBERTO ORLANDE GAMBOA en la conformación de grupos paramilitares, deducción que el censor dejó incólume, como inmaculada también dejó la consideración del tribunal apoyada no sólo en ese testigo sino en la declaración de la directora del D.A.S. de Risaralda, para confirmar las inferencias sentadas en el fallo de primera instancia.

El somero despliegue de argumentos que ensaya se limita a criticar las conclusiones relacionadas con la existencia del grupo armado ilegal, pero no atienden de forma clara al cometido que se esperaba, cual era el de demostrar que al retirarse del fallo demandado las premisas tomadas con base en los testimonios con reserva de identidad, las restantes no eran suficientes para sostener la declaratoria de responsabilidad de ORLANDE GAMBOA respecto de la financiación de la agrupación de marras, fijada con suma solidez a partir del testimonio de Sierra Palacios.

Así las cosas, ante la insuficiencia del reparo, éste no prosperará.

Error de derecho por falso juicio de convicción

El casacionista discute en este apartado de la demanda la apreciación que en la sentencia se le dio a un informe de investigación rendido por el C.T.I. de Barranquilla, con lo cual incurrió en el error de derecho enunciado.

La deficiencia se produjo porque el artículo 50 de la Ley 504 de 1999 incorporó al artículo 313 del Decreto 2700 de 1991 un inciso que señalaba que “En ningún caso los informes de Policía Judicial y las versiones suministradas por los informantes tendrán valor probatorio en el proceso”, precepto que fue avalado por la Corte Constitucional en la comentada sentencia C-392 de 2000, y debido a que la Ley 600 de este mismo año, en acatamiento a las directrices de esa Corporación, en su artículo 313 estableció que las exposiciones escuchadas por funcionarios de policía judicial en las labores previas de verificación “no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación”.

De tal suerte, si los informes preliminares de judicialización no tienen valor de testimonio ni de indicio, tampoco lo pueden tener los informes ordenados dentro de la investigación. Además, esa clase de elementos no está señalada en el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal como medio de prueba admisible.

Tan someros postulados no tienen la entidad suficiente para demostrar el error de apreciación denunciado, pues la estructura de una falencia de tal jaez comprende no sólo la indicación de la pieza a la cual el juzgador le dio un valor probatorio que la ley no le confiere, o le negó el que ésta le asigna o, como en este caso, le otorgó el que expresamente le niega cuando prevé que los informes de policía judicial no tienen valor probatorio y que apenas sirven como criterios para orientar la investigación, sino que además es menester la elaboración de un razonamiento dirigido a descubrir la incidencia de tal falla en las disposiciones de la sentencia.

En este caso, el demandante cree que basta con mencionar que el juzgador le dio valor probatorio a un medio que la ley de modo expreso no le concede, por valerse de la cita casi marginal que el tribunal hace del mencionado informe, pero para nada se ocupa de demostrar la forma como la exclusión de esa breve mención del ad quem podía desvirtuar las bases del fallo, ya que ni siquiera tiene en cuenta que se estimaron otros medios de convicción, en especial y de modo relevante, la declaración de Nicolás Antonio Sierra Palacios.

Tal como lo señala el Procurador, los fundamentos de la sentencia permanecen intactos ya que la presunción de acierto y legalidad que recubre a la misma no fue conmovida con los lánguidos fundamentos de la censura, la cual, en consecuencia, será desestimada.

Error de hecho por falso raciocinio

Considera el demandante que el tribunal contrarió la lógica al apreciar el testimonio de Nicolás Antonio Sierra Palacios, porque le dio credibilidad a las afirmaciones que éste hizo. Destaca que en su primera atestación rendida el 7 de julio de 1994, hizo una narración muy escueta de lo que le constaba en relación con el grupo paramilitar, mientras que en la segunda, contra el sentido común y la razón, hizo una exposición muy

detallada de unos sucesos que percibió cuando estuvo infiltrado en la organización ilegal.

Los juicios lógicos enseñan que es más fácil el recuerdo de un suceso reciente, dice el censor, porque se afecta la posibilidad de su evocación debido al transcurso del tiempo o por otros factores como la edad o la sanidad mental de la persona que hace la percepción.

El falso raciocinio, como una de las formas que pueden asumir los errores de hecho en la apreciación de las pruebas, se produce porque al contemplar el elemento de convicción sobre el cual va a fundar la sentencia, el juzgador le asigna un mérito persuasivo que contradice las pautas de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia.

La adecuada demostración de una falencia de esa índole pasa por el señalamiento de lo que expresa objetivamente la prueba, por la indicación textual de la deducción que el juzgador extractó de ella, esto es, el juicio analítico que elaboró a partir de la misma, así como por el señalamiento de cuál fue el derrotero lógico, la regla de la ciencia o la pauta de la experiencia que fue desconocido, para, a renglón seguido, explicar cuál de esos baremos debió ser el observado, y enseñar la trascendencia del desaguizado, es decir, que de haberse aplicado un sano raciocinio de modo necesario se habría producido un fallo diferente al atacado.

Nada de eso satisface el actor en su discurso, porque de lo que se duele es de que se le haya dado credibilidad a lo que Sierra Palacios manifestara en la segunda aparición, cuando ya estaba levantada la reserva de su identidad. Para hacer la propuesta se vale de una segmentación de la prueba, al aprovechar la circunstancia de que el testigo dio varias declaraciones, con el fin de hacerlas ver como si se tratara de elementos independientes y diferenciables.

Bien lo acota el Procurador Delegado cuando recuerda que la jurisprudencia tiene dicho

que se considera como una sola prueba las declaraciones del testigo, así haya sido vertida en numerosas sesiones.

Pues bien, ese fraccionamiento le permite afirmar al casacionista que se desconoció un principio de la lógica, pues se le dio credibilidad al pormenorizado relato del testigo que hizo el 6 de noviembre de 1998, cuando en la primera declaración rendida el 7 de julio de 1994, fue muy escueto.

Sin embargo, al observarse el contenido de esa primera versión jurada, cuando Nicolás Antonio Sierra Palacios declaró bajo reserva de identidad con la clave número 002, es posible advertir que la referencia que en la comentada oportunidad hizo de ALBERTO ORLANDE GAMBOA fue dentro del contexto de la respuesta a la primera pregunta que se le formuló sobre el conocimiento que tenía acerca de la organización de ADAN ROJAS OSPINO, cuando dijo que tenía conocimiento que aquél era quien financiaba a éste y su agrupación.

Sobre ese aspecto, esto fue lo que dijo el testigo:

“... durante este tiempo me di cuenta que quienes financiaban la Organización era el ORLANDO alias Caracol, quien actualmente se encuentra detenido en la ciudad de Bogotá, situación que me consta porque cierto día encontrándome en la casa de ADAN ROJAS OSPINA (sic), ubicada en cercanías del periódico el informador, de esta ciudad llegó una persona a quien le dicen EL GORDO SOTO, que se llama EDGAR SOTO VUELVAS (sic) le entregó la suma de cinco millones de pesos que desde Barranquilla habían sido enviados por alias Caracol, para el pago de gastos y trabajadores de ADAN ROJAS OSPINA (sic)...” (folio 108, cuaderno 5).

Aunque el testigo prosiguió con referencias a otros hechos y circunstancias que había percibido mientras estuvo infiltrado en la agrupación ilegal, el funcionario instructor no lo cuestionó puntualmente sobre los vínculos entre ORLANDE GAMBOA y ADAN ROJAS

OSPINO, lo que sí ocurrió en la declaración del 6 de noviembre de 1998, cuando el fiscal interrogó a Nicolás Antonio Sierra Palacios por la relación existente entre aquellos dos individuos, lo cual propició, de un lado, que reiterara la circunstancia del envío de dinero y, de otra parte, que informara lo relacionado con una reunión que tuvieron, punto sobre el cual fue interrogado para que precisara la fecha en la cual había tenido ocurrencia tal encuentro, la cual dijo no recordar con exactitud. Además, también fue preguntado para que dijera por qué tenía conocimiento que el apoyo económico de ORLANDE GAMBOA al grupo paramilitar era mensual.

Los falladores se atuvieron al contenido de las declaraciones de Sierra Palacios, tanto la que rindió bajo la clave 002, como la vertida sin reserva, respecto de la cual destacaron que en ésta se había ratificado de lo expresado en la primera oportunidad. Vale decir que de esta forma los sentenciadores apreciaron de modo unitario la declaración del testigo en mención.

Ahora, si bien es cierto que lo corriente es que las personas recuerden con mayor facilidad los sucesos desarrollados con poca antelación y que la capacidad de evocación se puede dificultar con el tiempo, también lo es que el testigo percibió los eventos de los cuales dio cuenta a las autoridades en circunstancias extraordinarias, toda vez que se hallaba en una misión especial de infiltración en el grupo armado ilegal por iniciativa del ejército, a fin de desvelar el compromiso que en el mismo podían tener algunos miembros de esa fuerza, lo cual constituye situaciones que salen del común acontecer diario de una persona cualquiera, que le permiten en un momento determinado traer a la memoria sin mayores inconvenientes los fenómenos que tuvo oportunidad de captar, como en efecto ocurrió con Sierra Palacios, quien para el efecto, además, fue incitado por el juicioso interrogatorio que en la última ocasión le hizo el fiscal en la búsqueda concreta del nexo de ORLANDE GAMBOA con la citada agrupación.

De esa manera, entonces, los juzgadores valoraron como altamente pernicioso para la

situación de ALBERTO ORLANDE no sólo el dato de la reunión a la que se refirió Sierra Palacios, respecto de la cual dijo no recordar fecha concreta, sino también lo expresado por éste en torno a la remesa de dinero, así como a las manifestaciones de inconformidad de algunos elementos de la organización por la falta de pago causada por el hecho de que ORLANDE GAMBOA se hallaba privado de la libertad.

Como quiera que no se configuró el yerro denunciado por el censor, el cargo se desestimaré.

CASACIÓN OFICIOSA

La Corte columbró al tratar el primer cargo propuesto en la demanda presentada en nombre de ALBERTO ORLANDE GAMBOA, que la descripción conductual encasillada en el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, adoptado como legislación permanente por el 6º del Decreto 2266 de 1991, no dejó de ser reprimida por el hecho de que esa disposición haya sido objeto de una subrogación expresa por el artículo 26 de la Ley 365 de 1997, sino que esa parte descriptiva encontró reacomodo en una de las distintas modalidades del concierto para delinquir diseñado por el artículo 8º de esta última ley.

Ahora debe dejarse bien en claro que la fiscalía no erró cuando concretó la imputación jurídica en el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989 al momento de calificar la conducta, lo que, como se sabe, ocurrió mediante la resolución del 5 de agosto de 1999, al dejar de invocar el artículo 186 del Código Penal de 1980 modificado de la manera mencionada por el 8º de la Ley 365 de 1997, pues con esta disposición previó sanciones más drásticas para comportamientos como el desplegado por ORLANDE GAMBOA, en virtud a que ordenó aumentar del doble al triple la pena para quienes organizaran, fomentaran, promovieran, dirigieran, encabezaran, constituyeran o financiaran el concierto o la asociación para delinquir, la cual quedaba en tal virtud, cuando ésta era para financiar la conformación de escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de

sicarios, en prisión de 20 a 45 años y en multa de cuatro mil a ciento cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales, mientras que el precepto aplicado en el pliego de cargo señalaba prisión de 20 a 30 años y multa de 100 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

Expresado de otro modo, debido a que no operó una descriminalización del acto de financiar la formación de grupos paramilitares, sino, se repite, un desplazamiento de la tipicidad de una norma subrogada a otra que la recogía expresamente, y en vista de que la conducta de ORLANDE GAMBOA se desarrolló durante el imperio de la primera, que estatuyó unas consecuencias más benignas frente a su situación jurídica, era ella, la contenida en el artículo 1º de Decreto 1194 de 1989, la que debía, como en efecto se hizo, ser aplicada en el momento del calificadorio, por ultractividad.

Pero ocurre que los juzgadores no contemplaron ese fenómeno de sucesión de leyes y de traslación normativa, sino que confundidos porque la Ley 599 de 2000 no estableció un tipo penal semejante al que contenía el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, se adentraron en un inane ejercicio destinado a tratar de forzar el acoplamiento de la conducta endilgada a ORLANDE GAMBOA en otra tipificación, esto es, en la del artículo 341 de aquél código, el cual describe el delito de entrenamiento para actividades ilícitas.

Establece la norma:

“Entrenamiento para actividades ilícitas. El que organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de actividades terroristas, de escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios, o los contrate, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de mil (1.000) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Sin parar mientes en que la descripción de este tipo, desde su misma nomenclatura, reprime otra clase de comportamientos, que van más allá del mero financiamiento para propender la formación de un grupo armado ilegal, puesto que aquí la organización, la instrucción, el entrenamiento o el equipamiento están enfocados a la parte operativa de una organización ya conformada, los sentenciadores hicieron toda suerte de malabares para tratar que aquel financiamiento lograra cabida en la significación natural de la expresión lingüística “El que organice” con la que empieza el citado artículo 341 del Código Penal vigente.

Es evidente que el marco fáctico de la acusación no le enrostró a ORLANDE GAMBOA el comportamiento de organizar a personas en tácticas, procedimientos o técnicas militares, como se puede ilustrar en el siguiente segmento de la resolución que la contiene:

“Se ha logrado establecer igualmente, que el señor ADAN ROJAS OSPINO condenado como autor por las masacres de la Hondura, La Negra y Puntacoquitos, actualmente cumpliendo una condena de 20 años de prisión, persona contra quien también pesa una condena de 28 meses de prisión por el delito de porte ilegal de armas y se encuentra siendo al parecer requerido por conformación de grupos de justicia privada, era el encargado de prestar seguridad a ALEX DURAN miembro del CARTEL DE LA COSTA para 1.993, agrupación esta de la que se afirma era financiada por el señor ALBERTO ORLANDEZ (sic) GAMBOA y a la que se encuentra seriamente comprometida en los episodios investigados.

...

Aparece incorporada al proceso la declaración rendida por el OFICIAL LUIS ANTONIO GUERRERO AGREDA (v. a fl. 20 del cuaderno anexo 5) el que da cuenta de la relación del ex-OFICIAL de la POLICIA conocido como JJUAN JOSE PEREZ alias el ‘CAPI PEREZ’ y de su muerte a manos del grupo de justicia privada liderada (sic) por ADAN

ROJAS OSPINO del que consta en el proceso se encontraba financiado por ALBERTO ORLANDE GAMBOA...”.

De esa forma, si el núcleo de la imputación fáctica contra ORLANDE GAMBOA se concentraba en el financiamiento del grupo al margen de la ley que dirigía ADÁN ROJAS OSPINO, y que esos lineamientos fenoménicos fueron respetados en las sentencias, el esfuerzo dialéctico de los falladores debió ser dirigido a buscar dentro de las diferentes descripciones penales aquella que la recogiera con plenitud, sin necesidad del esforzado despliegue de acomodar lo que implica financiar en la significación obvia de organizar, lo cual tuvo como resultado una analogía peyorativa por cuanto tal ejercicio terminó en el encuadramiento de la conducta en un tipo penal que no la describe y que, además, prevé consecuencias más dolorosas.

La necesaria armonía que debe existir entre la manifestación de la pretensión punitiva del Estado-jurisdicción, reflejada en los cargos formulados en la resolución de acusación, y la sentencia, es una garantía que está ínsita en la matriz del debido proceso, por cuanto aquéllos constituyen un marco conceptual conforme al cual, dentro del esquema procesal vigente para cuando se desarrolló gran parte del proceso, se va a realizar la confrontación dialéctica entre el titular de la acusación y la defensa.

La vertiente de la defensa, al conocer de qué se acusa, prepara su actividad para desvirtuar los cargos en aras de buscar una absolución, o con el fin de sembrar una duda imposible de disipar, o bien sea con el propósito de atemperar la forma de participación o de probar la existencia de una atenuante.

Si el juicio transcurre de acuerdo con los presupuestos de una adecuada y leal controversia, el acusado ha de esperar que, como mínimo, la sentencia discurra respecto de la misma situación fáctica y jurídica plasmada en el pliego de cargos.

Pero si, como aquí ocurrió, los mismos hechos que se enrostraron al procesado en la

acusación, se subsumen en las previsiones de una norma que en realidad no recoge todas las singularidades de la conducta imputada por echarse mano de una analogía en perjuicio, que se encuentra repelida de modo expreso en la ley (artículo 6º, inciso final, Ley 599 de 2000), se rompe esa coherencia que debe existir entre acusación y sentencia, al tiempo que sufre grave mella el debido proceso.

Aquí no puede argüirse que se aplicó el artículo 341 del Código Penal porque resultaba más favorable al procesado, debido a que la pena que prevé es inferior a la que fijaba el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989 (20 a 30 años de prisión y multa de 100 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes).

Sucede que al entrar en vigor la Ley 599 de 2000, la sanción para el delito de concierto para delinquir en la modalidad atribuible a ORLANDE GAMBOA fue dulcificada por su artículo 340, ya que cuando el concierto es para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena es de 6 a 12 años de prisión y multa de 2.000 hasta 20.000 salarios mínimos legales mensuales, la cual se aumenta en la mitad para quienes lo financien, de modo que los topes quedan entre 9 y 18 años de prisión y multa de 4.000 a 40.000 salarios mínimos legales mensuales, extremos que no fueron alterados por la Ley 733 de 2002.

De acuerdo con ese entendimiento, la normativa llamada a aplicarse, al menos en cuanto a la pena privativa de la libertad, era la del artículo 340 del Código Penal porque, como ya fue explicado, recogía la conducta imputada a ORLANDE GAMBOA por la financiación de grupos paramilitares, en virtud del principio de favorabilidad, el cual resultó desconocido, y porque fue un cargo respecto del cual tuvo oportunidad de anteponer los medios de defensa que se estimaron oportunos.

Así las cosas, fluye con prístina claridad que las sentencias atentaron contra la garantía fundamental del debido proceso, razón por la cual la Corte casará de oficio el

fallo demandado con el fin de enmendar el yerro, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, como quiera que al abordar el proceso de dosificación punitiva el a quo encontró más beneficioso aplicar los criterios señalados en el artículo 61 del Código Penal de 1980, sobre lo cual no hay reparo alguno, del mínimo resultante de aplicar la porción de en la mitad que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal agrava la pena para el concierto para delinquir prevista en el inciso 2º para quien lo financia, esto es, 9 años de prisión, se le adicionan los 4 años que incrementó sobre el mínimo del tipo invocado de modo erróneo, los cuales estimó en consideración a la gravedad de la conducta, para fijar la pena privativa de la libertad que ha de purgar ALBERTO ORLANDE GAMBOA en 13 años de prisión, como autor responsable del delito de concierto para delinquir.

De otra parte, como quiera que el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal señala que la decisión de la casación se extenderá a los nos recurrentes, ésta afectaría, en principio, a CAMILO ROJAS MENDOZA y ADÁN ROJAS OSPINO, en cuanto también habían sido acusados por el delito previsto en el artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, pero terminaron condenados, además de homicidio agravado, por el definido en el artículo 341 del vigente Código Penal.

El yerro, en su caso, también resulta trascendente en punto de la punibilidad, pues aunque la dosificación partió de la pena mínima de 25 años de prisión correspondiente al homicidio agravado, que por estar en concurso homogéneo permitió adicionar 1 año, se sumaron 10 por la concurrencia del delito de conformación de grupos paramilitares en referencia errónea al de entrenamiento para actividades ilícitas. Esta adición corresponde a las dos terceras partes del mínimo previsto para ese tipo penal (artículo 341).

Conforme a lo anterior, habida cuenta que la conducta de ROJAS OSPINO y ROJAS MENDOZA también se amolda a las previsiones del concierto para delinquir del actual artículo 340 del Estatuto Punitivo en cuanto cumplían roles de dirección de un grupo armado ilegal, el mínimo previsto en el inciso 2º de esta norma, adicionado en la mitad según lo señalado en su inciso 3º, queda en 9 años.

Si para efectos de penalizar el concurso de hechos punibles la sentencia de primer grado incrementó sobre la que dedujo para el homicidio agravado una proporción de dos terceras del mínimo del artículo 341 ibídem, debe ser traído el mismo criterio para que opere tal proporción sobre el señalado tope mínimo de 9 años, es decir, 6 años, que sumados a los 26 correspondientes al homicidio agravado en concurso homogéneo, dan un resultado de 32 años de prisión, que es la pena que deben purgar ROJAS MENDOZA y ROJAS OSPINO.

Deberá precisarse, además, que el delito por el cual son condenados tanto ORLANDE GAMBOA como los ROJAS, es el de concierto para delinquir.

Por último, debe advertirse que el a quo en la parte considerativa de la sentencia dedujo y anunció que también iba a imponer a ORLANDE GAMBOA, CAMILO ROJAS y ADÁN ROJAS la pena de multa, la cual discernió correctamente con base en los límites del artículo 1º del Decreto 1194 de 1989, norma que invocó por ser más favorable en este aspecto, pero no reflejó esa condena en la parte resolutive. Se produjo así una omisión sustancial que por afectar de manera notoria el principio de legalidad de la pena consagrado en el artículo 29 de la Constitución, debe ser enmendada, en el sentido de imponerles la multa que fue deducida en ese fallo.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º. DESESTIMAR las demandas de casación presentadas en nombre de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA y ALBERTO ORLANDE GAMBOA.

2º. CASAR de oficio y parcialmente la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 11 de febrero de 2002, en el sentido de CONDENAR a ALBERTO ORLANDE GAMBOA a las penas principales de trece (13) años de prisión y multa equivalente a ciento cuarenta (140) salarios mínimos legales mensuales, como autor responsable del delito de concierto para delinquir.

3º. CASAR de oficio y parcialmente el referido fallo, para declarar que la condena contra ADÁN ROJAS OSPINO y CAMILO ROJAS MENDOZA queda en treinta y dos (32) años de prisión como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el de concierto para delinquir, y que también comprende la pena de multa equivalente a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales, deducida en el fallo de primera instancia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO
PÉREZ PINZÓN

ÁLVARO

ORLANDO

Salvamento parcial de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE

LUIS

QUINTERO

MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento parcial de voto

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la posición de mayoría, me permito consignar las razones de mi disenso respecto de un punto de la presente sentencia.

Debo anotar que comparto las declaraciones del fallo, en cuanto decide desestimar las demandas de casación presentadas a nombre de GIOVANNI ESPINOSA VALENCIA y ALBERTO ORLANDE GAMBOA, casar de oficio y parcialmente la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a ALBERTO ORLANDE GAMBOA a la pena principal de trece años de prisión como autor responsable del delito de concierto para delinquir, y declarar que la condena contra ADÁN ROJAS OSPINO y CAMILO ROJAS MENDOZA queda en treinta y dos años de prisión como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el de concierto para delinquir.

No obstante, considero que en dicho pronunciamiento la Corte no ha debido ejercer su facultad oficiosa conferida por el artículo 216 del Estatuto Procesal, para suplir la omisión en que incurrieron los juzgadores de instancia al dejar de reflejar la condena pecuniaria en la parte resolutive del fallo objeto de impugnación, y, en consecuencia,

proceder a fijar la pena principal de multa en cuantía de ciento cuarenta salarios mínimos legales mensuales para ORLANDE GAMBOA, y de ciento veinte salarios para ROJAS OSPINO y ROJAS MENDOZA.

Tal y como ha sido expuesto en el salvamento de voto a la sentencia de casación proferida dentro del radicado 17045, en esta ocasión me veo precisado a reiterar que en el curso de los debates orales en el seno de la Sala, en los que abandoné el pasajero criterio contrario, dejé sentada mi posición en el sentido de que, de acuerdo con el Estatuto Superior, cuando el condenado es recurrente único en apelación o casación, como aquí acontece, ni el superior funcional ni la Corte, respectivamente, pueden agravar la pena impuesta, sin que quepan consideraciones de tipo constitucional para dar prelación al principio de legalidad frente a la garantía del mismo rango a través de la cual se prohíbe la reformatio in pejus.

A este propósito considero pertinente resaltar que de acuerdo con la ley, en la apelación y el recurso extraordinario, la competencia del ad quem y del Juez de Casación tiene carácter limitado en cuanto sólo pueden revisar aquellos aspectos que son objeto de impugnación y sobre los cuales el impugnante persigue un pronunciamiento favorable a sus intereses.

No puede perderse de vista que la prohibición de la reforma en peor impuesta por el ordenamiento constitucional (art. 31 de la C.P.) y legal (art. 204 del C. de P.P.) al juez de segunda instancia y a la Corte (art. 215), no sólo no admite excepciones sino que limita su competencia al pronunciamiento sobre los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable al condenado cuando éste actúa como recurrente único.

Tampoco ha de olvidarse que frente a una sentencia violatoria del principio de legalidad de los delitos o de las penas, corresponde al Ministerio Público y la Fiscalía, como representantes de los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, ejercer el

derecho de impugnación que el ordenamiento les confiere, sin que el juez de segunda instancia, o el de casación, puedan actuar ex officio y sin ninguna limitación para propiciar una revisión integral de lo ya resuelto.

Con dicho proceder, resulta desconocido el carácter rogado, y, por tanto, limitado de los recursos, y se quebranta el principio de igualdad de los intervinientes en la actuación ya que de este modo se suple la inactividad de las partes que de manera implícita han mostrado conformidad con las decisiones del fallo de primera o de segunda instancia, según el caso.

Soy del parecer que en este evento, independientemente de la incorrección del juzgador de primera y segunda instancia en relación con la omisión de fijar en la parte resolutive del fallo la pena principal de multa establecida en la ley sustancial aplicada al caso, la Corte no podía, so pretexto de dar cumplimiento al principio constitucional de legalidad de la pena, desconocer su limitada competencia para resolver la casación, y por esta vía, el perentorio mandato contenido en el artículo 31 de la Carta Política, según el cual “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, pues en dicha hipótesis, el principio de legalidad ha de ceder a la garantía constitucional de la interdicción peyorativa establecida sólo a favor del condenado.

Son estos breves razonamientos los que me obligan a separarme de la decisión mayoritaria.

MAURO SOLARTE PORTILLA

MAGISTRADO

fecha ut supra.

