

Proceso No 29934

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta: 309

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil ocho (2008).

D E C I S I Ó N

Con el fin de verificar si reúne los presupuestos formales que condicionan su admisión, examina la Sala la demanda de casación presentada por el defensor de CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO y ALDEMAR BOTERO RODRÍGUEZ, contra el fallo del 21 de febrero de 2008, mediante el cual el Tribunal Superior Militar, confirmó la sentencia adoptada por el Juzgado de Primera Instancia MECAL, con sede en la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, el 3 de diciembre de 2007, quien los condenó a la pena de ocho (8) años de prisión, a la multa de \$ 28'910.442 pesos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la sanción principal, por el punible de concusión.

H E C H O S

Fueron relatados por las instancias, de la siguiente manera:

“La señora GRETTEY ARENAS ROBLEDO, instaura denuncia manifestando que entre los días 5 y 9 de Marzo de 2007, ella y los señores JOSE (sic) GABRIEL FORONDA y SANDRA DALILA ROJAS, fueron objeto de exigencias de dinero por parte de los aquí investigados, quienes se encuentran adscritos al Grupo de Contra-atacos de la SIJIN, a cambio de no dejarlos a disposición de la Fiscalía y de arreglarse una supuesta orden de captura, que pesaba en contra de la denunciante. Agrega que fue amenazada y agredida verbalmente por los policiales”.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 11 de septiembre de 2007, la Fiscalía 145 Delegada ante los Juzgados Penales Militares de Cali, dictó resolución de acusación contra los policías SI. CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO y PT. ALDEMAR BOTERO RODRÍGUEZ, por el delito de concusión.
2. El 3 de diciembre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia MECAL, de Santiago de Cali, condenó al subteniente (retirado) GARCÍA MONTERO y al agente (retirado) BOTERO RODRÍGUEZ a la pena de ocho (8) años de prisión -para cada uno- a la multa de \$ 28'910.442 pesos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la sanción principal, por el punible de concusión a título de coautores. Les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y el beneficio de libertad, por no reunir los requisitos legales.
3. El 21 de febrero de 2008, el Tribunal Superior Militar, confirmó la sentencia recurrida por los defensores de los procesados.
4. Inconforme la defensa técnica con el fallo condenatorio, después de impugnarlo, lo sustentó mediante la presentación del respectivo libelo, que hoy califica la Sala.

Observaciones previas:

Teniendo en cuenta que la demanda contiene cinco ataques contra el fallo del Tribunal Militar, los cuales, en esencia, fueron motivados por violación al debido proceso, en un escrito confuso, deshilvanado y ambiguo, realizado como si fuese un memorial de libre factura; la Sala, por esas circunstancias, procederá a resumir cada uno y acto seguido decidirá sobre su admisión, a fin de imprimirle claridad, precisión y coherencia a lo expuesto.

Demanda: resumen del primer ataque, por “desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se fundó el fallo”. (Artículo 181, Ley 906 de 2004).

Inició la sustentación de la primera censura, aduciendo: “de los cargos contra la primera causal de casación invocada”, en donde propuso “violación del debido proceso por desconocimiento de la defensa técnica”.

Luego de transcribir el artículo 29 de la Carta Política, anunció que es deber de todas las autoridades acatar de manera puntual las normas procedimentales, pues “a lo largo del trámite procesal, se desconoció (sic) preceptos legales y jurisprudenciales que debían ser acatados”.

Por tanto, “en el transcurso de la indagación preliminar se le cercenó el derecho a una defensa técnica, al negarse la juez instructora a recibirle al doctor BENJAMÍN ACOSTA ORTIZ el poder que lo facultaba para actuar como abogado defensor, procediendo a sacarlo de su despacho, sin dar explicación alguna, con el agravante de que la actividad que desempeñaba la funcionaria al momento del incidente, no era del todo clara... recepcionaba un testimonio a una dama que estaba acompañada de personas que no tenían por qué estar en la diligencia”

Manifestó que uno de sus prohijados GARCÍA MONTERO, frente a las “irregularidades procesales que le afectaban, no podía permanecer inmóvil mientras la señora Juez

Instructora de manera poco transparente allegaba material probatorio que le podía perjudicar”.

Para apoyar su ataque de violación al derecho de defensa, transcribió una jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-096-03); en donde se dijo -entre otras cosas- que los derechos de los investigados deben “poder hacerse (sic) incluso antes de su vinculación formal al proceso mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente”.

Entiende que de lo expresado en la decisión aludida, se puede concluir: (i) la investigación preliminar “tiene cierto grado de reserva”, (ii) pero no le es posible “vulnerar el derecho de contradicción y de defensa del imputado... aunque no haya sido vinculado mediante Versión Libre”, (iii) el funcionario tampoco puede “mantener al margen al implicado”, existiendo pruebas en su contra, (iv) todo esto es “una deslealtad del funcionario Judicial, que coarta de manera arbitraria al implicado su derecho a la defensa”.

La Juez estaba recibiendo la declaración de SANDRA DALILA ROJAS DAZA, que es un testigo de cargo, cuando el anterior defensor le solicitó recibir el poder; con ese proceder, “se causó un perjuicio grave, porque la defensa perdió la oportunidad de contrainterrogar a la testigo, pues en el transcurso del proceso penal no fue posible lograr su comparecencia al proceso”. Tampoco entiende el libelista, toda vez qué habían otras personas en la citada diligencia, por cuanto “la experiencia nos enseña, que en algunas ocasiones personas ajenas al despacho pueden ingresar brevemente al recinto donde se practica un testimonio, pero no fue esto lo que sucedió en el caso de marras”.

Luego, “la juez solo lo hizo retirar a él de su oficina, hecho irregular desde todo punto de vista, porque no puede ser que la investigación previa sea reservada para los investigados y sus apoderados y no lo sea para los denunciante o personas ajenas al proceso”. Y,

con tal acto de la funcionaria, se le privó a su mandante de ejercer el derecho de contradicción de las pruebas en la etapa de la indagación preliminar, en especial respecto a la declaración de SANDRA DALILA ROJAS, pues en las otras etapas ella no compareció a rendir testimonio.

Motivo por el cual, el Tribunal Superior Militar, debió “decretar la nulidad de la actuación desde la indagación preliminar, situación que hubiese permitido ejercer a cabalidad el derecho de contradicción y de defensa”.

Consideraciones de la Sala respecto al primer ataque:

Bajo el auspicio de la Ley 906 de 2004, se sustentaron todas las censuras contra el fallo del Tribunal Militar, amparado en el artículo 181, ignorando motivarlas por los derroteros que le proporcionaba el Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, artículos 234, 1° (jurisdicción y competencia), 368 (recurso extraordinario de casación) y 372 (trámite); en armonía con el Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, artículos 206 y s.s, como era su deber legal; es más, el Tribunal Superior Militar, concedió la casación contra su fallo con base en la aludida Ley 600, artículo 205, por ende, el libelo debería de haber seguido el mismo derrotero o hilo instrumental, en combinación con el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999, artículo 372), al no operar para la justicia castrense, un sistema acusatorio como el consagrado en la citada Ley 906 de 2004.

Esta sola falencia, en si misma considerada, conlleva al rechazo inexorable del escrito, sin embargo, la Corte puntualizará otros aspectos, que unidos al precedente, convierten el ataque, en un memorial de instancia, desde luego, alejado de la temática casacional, que desde lustros viene enfatizando a través de numerosos pronunciamientos.

El segundo desatino lo configuró al mezclar vicios de estructura con los de garantía, lo cual atenta contra el postulado de autonomía que rige el recurso de casación, en

virtud del cual, la motivación de un ataque no puede ser utilizada para dos o más; luego, no basta la sola propuesta, enunciación o proposición del concepto, por ejemplo derecho de defensa, se requiere comprobar en punto de la actuación surtida por las instancias: (i) la ubicación exacta del yerro, (ii) la lesividad del daño causado, (iii) la magnitud y cobertura del ataque, (iv) la exigencia de una argumentación lógico-jurídica coherente, despojada de hipótesis, conjeturas y subjetividades y (v) descartar junto con los postulados que rigen las nulidades, cualquier posibilidad de convalidación del acto supuestamente afectado o el cumplimiento de su finalidad, entre otros.

El tercer yerro tiene que ver con la forma cómo se sustentó el libelo, en donde se amontonó un puñado de ideas incomprensibles, hasta el punto de transcribir declaraciones enteras¹ y providencias² sin comillas y donde entremezcla glosas y comentarios transformando a su antojo el contenido objetivo de los diversos medios probatorios aludidos.

El cuarto dislate se verificó cuando se plasmó en la demanda criterios generales, figuraciones o simples suposiciones, al decir, por ejemplo que “en el transcurso de la indagación preliminar se le cercenó el derecho a una defensa técnica, al negarse la juez instructora a recibirle al doctor BENJAMÍN ACOSTA ORTIZ el poder que lo facultaba para actuar como abogado defensor, procediendo a sacarlo de su despacho, sin dar explicación alguna, con el agravante de que la actividad que desempeñaba la funcionaria al momento del incidente, no era del todo clara... recepcionaba un testimonio a una dama que estaba acompañada de personas que no tenían por qué estar en la diligencia”.

O cuando, sostuvo que “la experiencia nos enseña, que en algunas ocasiones personas ajenas al despacho pueden ingresar brevemente al recinto donde se practica un testimonio, pero no fue esto lo que sucedió en el caso de marras”. (Subrayado fuera

de texto).

En este orden de ideas y sin que se entienda como una respuesta de fondo, sino en virtud del ejercicio pedagógico que viene desarrollando la Sala como una más de sus funciones, es oportuno señalar que en el cuaderno principal número 1, folio 141, aparecen presentados dos escritos del citado defensor BENJAMÍN ACOSTA ORTIZ, los cuales fueron adjuntados en la etapa de investigación preliminar³ e inmediatamente después de la declaración jurada de SANDRA DALILA ROJAS DAZA, folios 132 a 140. En igual sentido, tanto el testimonio como los escritos fueron recibidos el 29 de marzo de 2007 y, en el transcurso de la diligencia, se allegaron los memoriales.

Luego se equivocó el censor al manifestar que no se le recibió poder al referido letrado para actuar, máxime si hasta ese estadio procesal era el representante de HAROL RAMÍREZ CHAFÜENDO. Pero el error no se queda ahí, a folio 169, aparece poder concedido por los coprocesados al abogado BENJAMÍN ACOSTA, donde la diligencia de autenticación de la firma del condenado CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO, realizada por la Notaría Trece de Cali, consta que se realizó el 27 de abril de 2007.

Siendo ello así, se concluye lo siguiente: (i) la Juez de Instrucción Penal Militar, en la respectiva etapa preliminar, sí recibió dos memoriales solicitando pruebas el citado abogado; (ii) ese profesional del derecho, por esos días, era representante de otro inculpado; (iii) los escritos fueron anexados después de la declaración de SANDRA DALILA, y se recibieron en la misma fecha -día, mes y año- y (iv) la autenticación del poder para actuar a nombre de GARCÍA MONTERO, se realizó posteriormente (29 días) de la entrega de los memoriales y de recibido el testimonio; entonces, la pretensión del libelista se opone a los principios de claridad y objetividad que guían el recurso de casación.

Al aducir, el censor que en el tiempo cuando la Juez de I.P.M., estaba recibiendo la

declaración de SANDRA DALILA ROJAS DAZA, se presentó el anterior defensor BENJAMÍN ACOSTA del inculpado CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO y, supuestamente le solicitó recibir el poder, negándose la funcionaria a ello, con ese proceder, “se causó un perjuicio grave, porque la defensa perdió la oportunidad de contrainterrogar a la testigo, pues en el transcurso del proceso penal no fue posible lograr su comparecencia al proceso”. Tampoco tiene sustento jurídico tal apreciación, pues el poder –se repite– fue autenticado 29 días después de la aludida diligencia, es decir, no tenía potencialidad de constatarse la vulneración al derecho de defensa técnica, pues ese día no le habían concedido mandato alguno al abogado ACOSTA, como para alegarse una aparente nulidad. (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, el cargo se inadmitirá.

Demanda: resumen del segundo ataque, propuesto por “violación al debido proceso por irregularidad presentada en el proceso de formación e inclusión de las pruebas documentales”. (Artículo 181, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004).

Lo motivó aludiendo a dos casetes (audio y video), y señalados por la declarante GRETTEY ARENAS ROBLEDO, como si ella los hubiese realizado, después se dijo que fueron agentes del Gaula, sin saberse exactamente de qué persona fue la idea de grabarlos. Por tanto, adujo el demandante: “se infiere... que su presencia en el Gaula no fue voluntaria”, sino “forzada”. Además, “que los policiales del citado grupo tuvieron tiempo más que suficiente (un día), para informar a la Fiscalía” de los posibles delitos, a fin de ordenar las grabaciones y las capturas correspondientes, “sin embargo a pesar de contar con el tiempo más que suficiente, y teniendo la presencia de un Fiscal en las instalaciones, no pusieron en conocimiento la presunta conducta punible, dedicándose eso sí a asesorar a las presuntas ofendidas, para que en las conversaciones telefónicas indujeran”, a los procesados, “a incurrir en un error que los vinculara con el presunto delito de concusión”.

Aseveró el actor: “la prueba es ilícita no solo por la inducción del diálogo” al que fue sometida la declarante GRETTEY, sino porque no fueron denunciados los hechos; por ello, se realizó un procedimiento inadecuado. Al no informar a la Fiscalía tales acontecimientos, incurrieron los uniformados, al parecer, en el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia. A renglón seguido, se cuestionó el demandante sobre la cadena de custodia de las grabaciones, sin informe u orden al respecto, entregados por la testigo al Juzgado, olvidando las formalidades legales y la forma cómo los había adquirido, por tanto, “se deduce que fueron los Agentes del GAULA quienes indujeron a la referida señora para que dijera que las pruebas habían sido tomadas por particulares, puesto que si no hubiese sido así, la señora GRETTEY al formular la denuncia lo hubiera puesto en conocimiento de la Juez de Instrucción Penal Militar”.

Dedujo, además, que las cintas magnéticas aludidas fueron alterados por GRETTEY, toda vez que las mismos fueron embalados y con cadena de custodia elaborada por el Patrullero GONZÁLEZ ROJAS, escribiente del Juzgado 157 y no por los agentes del Gaula: “hecho indicador de que las pruebas documentales permanecieron quien sabe por cuanto tiempo en manos de la señora GRETTEY ARENAS ROBLEDO, por lo que el contenido de las grabaciones pudo haber sido alterado en cuanto a su contenido o pudo haber sido mutilado, viciándose así el material probatorio”.

El artículo 205 de la Ley 906 de 2004, les confiere facultades a los funcionarios de policía judicial, pero “no los exime para desconocer los protocolos y técnicas para aprehender y allegar la prueba al proceso”.

Si la señora GRETTEY, afirmó que el video lo realizaron agentes de la Sipol, “la actuación es irregular desde todo punto de vista, pues ellos no tienen facultades de policía judicial, y por ende la prueba es violatoria del debido proceso, por desconocimiento del derecho fundamental de la intimidad, contenido en el Artículo 15 de nuestra [Constitución](#)”.

Política”.

En los fallos de instancia, “se legitimó el proceder de los Agentes del GAULA, argumentando que se contó con la anuencia de la perjudicada, pero esta tesis no es compartida por éste profesional, en virtud de que este tipo de procedimientos están regidos por unos protocolos que deben ser respetados”; siendo ello así, por mandato constitucional, las pruebas son nulas de pleno derecho.

Bajo el nuevo procedimiento penal Ley 906 de 2004, las actuaciones son “absolutamente” garantistas, por tanto, jamás podrá aducirse una prueba ilegal al proceso.

Consideraciones de la Sala respecto al segundo ataque:

Son innumerables los yerros presentados en ésta censura, realizada bajo el epígrafe de violación al debido proceso: (i) la sustentó por error de hecho en sentido de falso raciocinio; (ii) le adicionó al discurso, una variación de la calificación jurídica del punible de concusión a abuso de autoridad, que es la conducta por la que han debido ser condenados sus prohijados y (iii) determinó, igualmente, que un casete y video, eran prueba ilícita, entre otras consideraciones, porque la denunciante los alteró, cambió o trasmutó a su antojo, sin que de ello exista evidencia alguna.

En cuanto al falso raciocinio, por ejemplo, se verifica cuando sostuvo: “hecho indicador de que las pruebas documentales permanecieron quien sabe por cuanto tiempo en manos de la señora GRETTEY ARENAS ROBLEDÓ, por lo que el contenido de las grabaciones pudo haber sido alterado en cuanto a su contenido o pudo haber sido mutilado, viciándose así el material probatorio”.

El actor ni mencionó el falso raciocinio, solamente trató de adecuarlo a sus argumentaciones. Cuando a él se acude, es imprescindible demostrar que los medios

probatorios allegados al proceso legalmente, al ser sopesados por los falladores en su exacta dimensión fáctica, le asignaron un mérito persuasivo en total trasgresión a los principios de la lógica, leyes de la ciencia o máximas de la experiencia.

Habida consideración, tendrá como meta didáctica el demandante determinar: i) qué dice de manera objetiva el medio, ii) qué infirió de él el juzgador, iii) cuál valor persuasivo le fue otorgado, iv) indicar la regla del entendimiento omitida o apropiada al caso, v) o señalar la máxima de la experiencia que debió valorarse, con el objetivo de probar que el fallo motivo de impugnación tuvo que ser sustancialmente opuesto.

Además, es deber intelectual del libelista mostrar cuál es el aporte científico correcto y, por supuesto, la trascendencia del error, para lo cual tiene que presentar un nuevo panorama fáctico, contrario al decantado en instancias. Nada de lo expuesto realizó el actor, solo propuso su especial manera de entender el acervo probatorio, extrayendo inferencias jurídicas indemostradas para solicitar la absolución de su prohijado, mediante la postulación de la violación al debido proceso, lo cual es absurdo y, de paso, rechazó la valoración de las instancias, mediante una exigua argumentación; lo cual hace insustancial y efímero el cargo.

Jamás individualizó las pruebas motivo de ataque, ni realizó -a partir de ahí- una nueva valoración en punto de la convergencia y divergencia de las mismas, en el entendido que era su compromiso jurídico demostrar el nuevo horizonte hermenéutico probatorio, descartando de plano el elaborado por las instancias; el libelista, sólo se contentó con mencionar algunos medios, otorgándoles su particular visión suasoria y dejó el ataque sin ningún desarrollo válido en sede extraordinaria, tal y como se demuestra en los fallos de instancia, cuando el Tribunal Superior Militar afirmó:

“con esta parte queda claro, que lo que va a recoger ‘El Amiguito’ en el ‘Terminalito’ es plata, porque la mujer habla claro, de que le va a dar plata, toda la

pedida, y el hombre -SI. GARCIA (sic)- manifiesta textualmente: 'Ahí llega el amiguito u la recoge, oyó', lo que se constituye en una prueba clara de lo narrado por la denunciante, suficiente...para soportar la condena... cuando en la audiencia de corte marcial se interroga a los sindicatos, como vimos en la transcripción, no logran dar explicaciones lógicas y coherentes sobre su actuación y mucho menos sobre el contenido de las llamadas... Vemos como le es imposible justificar lo injustificable, dado que pedir dinero a la señora GRETTEY en las llamadas, por que (sic) supuestamente era de un préstamo, se sale de todo contexto y mucho menos tratar de decir que entre los documentos que la dama llevaba había alguno que la identificaban como intermediaria entre bancos, es de un (sic) credibilidad nula y en consecuencia, de una pésima justificación, lo cual afianza una vez más la certidumbre sobre la comisión del punible denominado concusión" y no el de abuso de autoridad reclamado por los defensores, el cual "se cae por su propio peso, en cuanto jamás se logró demostrar que los agentes cumplían un encargo de quienes tenían la posible titularidad de conciliar con GRETTEY... por el contrario, obedecía a la consecución de un lucro personal sin el menor asomo de legalidad".

El Juez de primera instancia, a tono con la responsabilidad penal de los encartados, también sostuvo:

"El Despacho le da credibilidad en este aspecto, a lo manifestado por la señora GRETTEY ARENAS ROBLEDO, no solo en sus diferentes declaraciones, sino en lo expresado durante la Audiencia de Corte Marcial, y es que se vio amenazada con hacerle efectiva una orden de captura por expendio de drogas, no sin antes aclarar que en forma tajante sin vacilaciones y claramente afirmó haberle entregado la suma de un millón de pesos a los uniformados, para este fin, situación que ha mantenido en todo el proceso, dinero cuyo origen se basa en un préstamo, probado con declaración de quien lo efectuara... quizá podamos dudar de la honorabilidad de las personas que fungen como denunciantes y víctimas, dadas sus anotaciones... pero sería tal su presión o posible afectación, ante la

imposibilidad o ilegitimidad de conseguir lo exigido, que decidieron acudir al GAULA, para materializar el constreñimiento de que eran objeto, con ello deja muy mal parados a los uniformados, que quizá confiando en dichos antecedentes (o mejor anotaciones) de estas personas, jamás imaginaron que acudirían a las autoridades para esta maniobra, dejando plasmadas allí las circunstancias que le dan paso a los hechos denunciados”.

Como el actor abandonó objetivamente la prueba incriminatoria y solo la combatió mediante conjeturas e hipótesis indemostradas en la actuación, desconociendo -de paso- las valoraciones que realizaron los falladores, la censura se torna insustancial y carente de lógica.

Por tanto, se inadmitirá el cargo.

Demanda: resumen del tercer ataque, presentado por “violación al debido proceso por error en la calificación jurídica del delito”. (Artículo 181, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004).

Afirmó que las diversas pruebas, no demuestran -como lo indicó el Tribunal- responsabilidad penal contra sus prohijados, por el delito de concusión; existió, por el contrario, una “violación del debido proceso por indebida calificación jurídica del delito”, bajo los siguientes presupuestos, que la Sala resume:

1) Sus defendidos nunca solicitaron dinero, constriñeron o indujeron a las declarantes SANDRA DALILA ROJAS, GRETTEY ARENAS o JOSÉ GABRIEL FORONDA.

2) Aceptó el demandante “que los Agentes incurrieron en un procedimiento que no estaba dentro de sus funciones, como lo fue el servir de intermediarios para recepcionar un dinero, pero tal proceder se enmarcaría dentro del tipo penal de ABUSO DE AUTORIDAD y no en el de CONCUSIÓN”.

3) Los policiales condenados solo sirvieron de “intermediarios” para recibir el dinero –insiste el actor- como pago por perjuicios a los daños ocasionados a un inmueble, quienes actuaron de “buena fe y con el único propósito de prestar un servicio al ciudadano”.

4) Respecto de “las llamadas telefónicas no se hace ninguna exigencia de dinero”.

5) Adujo el censor que “como bien lo he demostrado a lo largo del presente escrito, fueron GRETTEY ARENAS, SANDRA ROJAS y JOSÉ GABRIEL FORONDA quienes de manera voluntaria decidieron pagar los perjuicios causados al señor PEDRO NEL MURCIA (sic), sin que existiera exigencia, constreñimiento o inducción de parte de mi cliente o de su compañero el Agente BOTERO, por lo que se debe concluir, que su conducta de (sic) no se adecua al Tipo penal de CONCUSIÓN”.

6) Los declarantes PLINIO y PEDRO NEL MURCIA, junto con los patrulleros CÓRDOBA, CASTAÑEDA y el señor CÉSAR ENRIQUE MOLINA, manifestaron que los aprehendidos ofrecieron pagar los daños a PLINIO; por tal motivo, fueron autorizados los procesados para recibir los cuatro millones de pesos.

7) El peculio entregado a los policías, “era una suma debida, porque, como bien lo dijera en mis alegatos de conclusión, al causar los daños injustificados, les asistía... la obligación legal de resarcir a la víctima del daño causado con la conducta punible (daño en bien ajeno)”.

8) Por tanto, “si el dinero era debido, debe concluirse también, que CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO no incurrió en el punible de concusión”, pues el elemento normativo del tipo, “cual es que el dinero o la utilidad por la cual se induce o se constriñe al articular, sean indebidos, lo que implica una valoración extrapenal a fin de indagar sobre la competencia funcional del agente y si la exigencia está fuera del marco de lo debido desde el punto de vista estrictamente legal”, motivo por el cual, citó a varios

doctrinantes sobre el particular.

9) Concluye, de lo expuesto, que no se presentó el delito de concusión, sino el de abuso de autoridad, pues “el posible error de GARCÍA y de BOTERO consistió en servir de mediadores para recibir la suma, por lo que pudieron incurrir en una conducta constitutiva de ABUSO DE AUTORIDAD, pero es el momento de manifestar también, que lo hicieron con la convicción errada e invencible de que su actuar no constituía una conducta punible, con el único propósito de colaborar al ciudadano PEDRO NEL MURCIA (sic), y acercarse al grupo delincencial al que pertenecían la señoras ARENAS y ROJAS... pues para nadie es un secreto, que en aras de lograr la captura de grandes delincuentes, la Policía Nacional y la SIJIN en especial, acostumbra tener informantes entre los mismos grupos delincuenciales”.

Consideraciones de la Sala respecto al tercer ataque:

Es una constante en el memorial-demanda, los múltiples desatinos que presenta y, en la actual censura, nada diferente ha pasado o cambiado.

El libelista pretendió imprimirle su particular, subjetivo e hipotético juicio a las pruebas –atacadas por violación al debido proceso- cuando afirmó que (a) sus mandatarios jamás solicitaron dinero alguno, (b) solamente sirvieron de intermediarios en una negociación por daños y perjuicios causados a un bien inmueble, (c) en las charlas telefónicas nunca exigieron plata, (d) no hubo, por tanto, constreñimiento, pues ellos fueron autorizados por terceras personas para realizar la transacción, (e) bajo esas premisas, jamás pretendieron dádiva o prebenda porque “era una suma debida”, y (f) si ello es así, no existe delito de concusión sino, por el contrario, de abuso de autoridad, punible por el que se les debe juzgar.

Combinó, en este orden, la causal tercera (nulidad) con la primera (vía directa e indirecta), lo cual vulnera el postulado de autonomía que rige el recurso de casación;

además el de claridad, al aglutinar una gran variedad de temas en un mismo contexto argumentativo, pues el ataque, por ejemplo, cuando se refiere a la inconformidad en la adecuación típica (concusión versus abuso de autoridad) debe realizarse por la causal primera de casación (vía indirecta o directa), con el objeto de demostrar el yerro en el juicio conculcado por las instancias, de manera puntual, mediante las hipótesis establecidas por el legislador y desarrolladas por la jurisprudencia.

Siendo ello así, se inadmitirá el cargo.

Demanda: resumen del cuarto ataque, sustentado por “violación al debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes... por falta de competencia”. (Artículo 181, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004).

Por cuanto en una decisión de esta Sala⁴, “se dijo que el delito de concusión no guarda ninguna relación con el servicio de policía y por tanto el fuero de la justicia Penal Militar no cobija esta conducta punible, debiendo ser investigada esta por la justicia ordinaria”. De suerte para el libelista, que con la sola transcripción de la jurisprudencia aludida, le bastó para demostrar el grave error de las instancias, en “el caso particular y concreto del señor Subintendente CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO, la competencia para investigar y decidir de fondo, recaía en la Fiscalía General de la Nación y en los Jueces Ordinarios, no en la jurisdicción penal militar, como ocurrió en el sub lite”.

Consideraciones de la Sala respecto al cuarto ataque:

El presente cargo, igual que los anteriores y aún más, soporta numerosas y plurales falencias: sin contenido, vacío, alejado de motivaciones, despojado de alguna normatividad en la que se soporte el desatino planteado. Únicamente transcribió una jurisprudencia, olvidando realizar la correspondiente argumentación lógico-jurídica a fin de explicar la

nulidad por incompetencia evocada, dejando todo al vaivén jurídico, sin articular en lo más mínimo un discurso tendiente a demostrar la nulidad que enunció e ignorando que el recurso extraordinario de casación es de naturaleza rogada, donde el actor debe inexorablemente determinar los yerros, para de contera, difundir su discurso sobre la trascendencia a través de un razonamiento jurídico sólido y objetivo; nada de ello realizó el demandante.

No obstante, la Corte de manera excepcional, cuando se enfrenta a una posible vulneración de derechos constitucionales fundamentales que le asisten a las partes, procede de manera inmediata y urgente a estudiar las posibles falencias, a fin de sanear y depurar aquellas actuaciones ilegales o verificar su validez, en armonía sustancial con los fines de la casación consagrados en el artículo 206 de la Ley 600 de 2000; en consecuencia, superará tales falencias, por ser de mayor entidad el potencial derecho amenazado que la carga argumentativa en cabeza del recurrente, con el objeto de pronunciarse de fondo y exclusivamente sobre la nulidad esbozada por una virtual incompetencia de la justicia castrense en cuanto al injusto de concusión cuando es investigado y fallado por las normas penales militares, tal como se ordenará en la parte resolutive del presente proveído, motivo por el cual, se dará traslado a la Procuraduría Delegada, por el término de ley.

Por tanto, el cargo se admitirá.

Demanda: resumen del quinto ataque, motivado por “desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”. (Artículo 181, numeral 3°, Ley 906 de 2004).

Afirmó que se trataba de un “cargo único” y adujo a renglón seguido: “de los cargos contra la primera causal de casación invocada”.

El Código Penal Militar, artículo 209 (Ley 522 de 1999), -sostuvo- consagró el in dubio

pro reo, el cual informa que “el operador penal”, al momento de fallar un asunto, no puede condenar a una persona, por la presunción de inocencia que la acompaña, “cuando no tenga la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad del investigado”.

Sus poderdantes –agregó- fueron condenados con base en las pruebas adjuntadas por la denunciante (casete y video) los cuales “carecen de validez por su origen ilegítimo, dándoles una importancia inusitada, cuando los testigos de cargos en sus intervenciones procesales incurren en un torrente de mendacidades y contradicciones, que le restan cualquier validez a las documentales y a sus propios dichos”; teniendo presente los aspectos señalados, la Sala resumirá los argumentos soporte del ataque, de la siguiente forma:

(1) Por la “sarta de mentiras” de GRETTEY ARENAS, sobre su trabajo en finca raíz y la supuesta autorización de los dueños del inmueble para poder ingresar a él; (2) la misma señora realizó actividades irregulares con sus otros amigos (SANDRA y GABRIEL), con el objeto de ingresar ilegalmente a la residencia, al contratar un cerrajero y al cambiarse de nombre el último de los citados, por el de CARLOS; (3) cuando fueron capturados GRETTEY, le dijo mentiras a la autoridad, expresándoles que se llamaba MARÍA CONCEPCIÓN MARTÍNEZ; (4) en el sitio donde se realizó la exigencia del dinero por parte de los procesados -según afirmó el libelista- existe “una contradicción protuberante” entre lo expuesto por GRETTEY y SANDRA; (5) en las variadas apariciones de GRETTEY, también se equivocó respecto de la suma de dinero que le habían pedido los uniformados; (6) según SANDRA a GRETTEY, no la reseñaron porque ella acordó con los policiales entregarles la suma de diez millones de pesos; (7) se informó que GRETTEY, entregó en prenda su vehículo a JAIRO MARMOLEJO para que le prestaran sobre él, un millón de pesos, para ser suministrado a los procesados, pero el carro no era de ella, y el señor si le prestó la suma aludida pero no le consta qué hizo ella con el peculio, entre otros cuestionamientos que elevó el actor.

Después de retomar una y otra vez los diversos medios probatorios, concluyó que si el fallo expedido contra sus prohijados, se fundamentó en las declaraciones de GRETTEY y SANDRA, “y observando la apreciable cantidad de incoherencias y mendacidades en que incurrieron las citadas damas a lo largo del proceso, cantidad tan exagerada que es de una mentira por párrafo, surge evidente, que sus dichos no generan el grado de certeza que exige la ley penal para proferir decisión condenatoria”.

Adujo, inclusive, que la decisión del Tribunal detectó las mentiras de las declarantes, pero al ser apreciadas “continúa dándoles credibilidad en lo referente a la exigencia de dinero de que dijeron haber sido objeto, lo que debió haberse hecho fue dictar decisión favorable a los señores GARCÍA y BOTERO en aplicación del principio de in dubio pro reo, descartando de plano pruebas provenientes de personas de honorable reputación”.

Sostuvo que, “si aplicamos las leyes de la lógica y la experiencia, necesariamente tenemos que llegar a la conclusión de que GRETTEY ARENAS ROBLEDO miente descaradamente cuando hace estas afirmaciones”, por todo ello, “se vulneró el debido proceso de mi cliente por falta de un estudio de las pruebas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica”; y, desde luego, “se trasgredieron por inaplicación”, los artículos 29 de la [Constitución Política](#); 196, 211, 209. 396, 401. 437 de la Ley 522 de 1999; 11, 181 y 205 de la Ley 906 de 2004, y 94, 96 y 416 de la Ley 599 de 2000.

Finalmente, solicitó casar “el injusto fallo impugnado, para en su lugar se ABSUELVA de toda responsabilidad penal a CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO y ALDEMAR BOTERO RODRÍGUEZ, o en su defecto, se decrete la nulidad de la actuación desde la investigación previa, para que se surta el trámite legal ante la autoridad judicial competente (justicia ordinaria).

Consideraciones de la Sala respecto al quinto ataque:

También la presente censura, contiene una multiplicidad de vicios:

(i) No seleccionó algún sentido de los errores de hecho (falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio) o de derecho (falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción de llegar a presentarse una valoración tarifada), establecidos para atacar las decisiones de las instancias, en todos los aspectos referidos a las pruebas; motivo por el cual, dejó ayuna la embestida.

(ii) Se identifica con una motivación de instancia, donde plantea variados temas: prueba ilícita, origen ilegítimo de las mismas, falsa motivación de los funcionarios, credibilidad de los testigos de cargo, in dubio pro reo, sin ningún supuesto casacional.

(iii) Subsisten en su memorial, especulaciones contra lo valorado por los falladores, como aquella cuando afirmó: “y observando la apreciable cantidad de incoherencias y mendacidades en que incurrieron las citadas damas a lo largo del proceso, cantidad tan exagerada que es de una mentira por párrafo, surge evidente, que sus dichos no generan el grado de certeza que exige la ley penal para proferir decisión condenatoria”.

(iv) Sin mencionar el error de hecho por falso raciocinio, se refiere a él, mediante conjeturas e hipótesis descartadas por el Tribunal, al sostener: “si aplicamos las leyes de la lógica y la experiencia, necesariamente tenemos que llegar a la conclusión de que GRETTEY ARENAS ROBLEDO miente descaradamente”.

(v) Ignoró en todos los cargos acreditar el principio de trascendencia, sin el cual los ataques se convierten en insustanciales y efímeros, pues las consecuencias de los diversos yerros propuestos, no se demuestran con la sola manifestación de las potenciales falencias en que hubiesen podido incurrir los falladores.

Por último, uno de los principios que inspiran el recurso extraordinario de casación es el dispositivo, con el cual, lo pretendido en el libelo convoca inexorablemente a su

delimitación, fijándose con él la competencia de la Corte. Sin que pueda ni deba hacerse, una readecuación de los cargos y sus fundamentos trascendentes, para así cumplir con la forma y, luego de fondo, dictar la sentencia correspondiente. Esto concitaría a actuar en dos extremos excluyentes y exclusivos, se unificarían tanto las pretensiones contenidas en el escrito con el criterio jurídico de la Sala al enmendar el libelo y, lo más censurable de todo, sería que la misma Corporación que convalidó la demanda, falle en consecuencia. Por ende, admitirla sin que cumpla elementales presupuestos de lógica y debida argumentación, es como ponerla a combatir la ilegalidad en un proceso usurpando facultades inherentes a los intervinientes, partes o sujetos en una actuación penal, lo cual es inadmisibile.

Es por esta potísima razón que se insiste en la consagración de algunos presupuestos sin los cuales el recurso se torna inane y queda convertido en un simple alegato de instancia, donde sólo impera la voluntad del censor, más no se demuestra la afrenta a la Ley, la Constitución o al Bloque de Constitucionalidad que es la causa final en la que se inspira el instituto.

No es que la “técnica” por si misma tenga como fin enervar los derechos adquiridos a los sujetos procesales, ni pueda reflexionarse siquiera que aquellos yerros conducen a la Corte a desconocer situaciones fáctico-jurídicas de mayor relevancia. Lo que ocurre es que si la Sala entra a solucionar todos los defectos contenidos en la demanda -admitiéndola- se le irrogaría a la Judicatura un poder absoluto de reconfigurarla y adecuarla a posturas argumentativas decantadas por los intervinientes en el proceso, para luego entrar a decidir el problema de fondo: lo cual es absurdo e inconveniente.

Se verifica, entonces, que la demandante presenta una alegación producto de su propia percepción del derecho, los hechos y las pruebas contra lo afirmado por los Jueces de instancia, sin ninguna prevalencia en la lógica-jurídica requerida para sustentar la

censura, con lo cual sus pretensiones se alejan de la filosofía que irradia el instituto casacional.

En consecuencia, los defectos sustanciales enunciados atrás no le dejan otro camino a la Sala que rechazar cuatro y admitir uno de los cinco cargos propuestos en la demanda de casación a nombre de los procesados CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO y ALDEMAR BOTERO RODRÍGUEZ, mediante una calificación mixta; de conformidad con lo consagrado en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000; y, sin olvidar que, estudiado el proceso, no se percibe en su contexto, alguna otra vulneración –solo la anunciada en el cargo cuarto- a las garantías fundamentales constitucionales como para ejercer la facultad oficiosa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 216 de la misma obra instrumental citada.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

R E S U E L V E

Primero: Inadmitir los cargos uno, dos, tres y cinco de la demanda de casación presentada a nombre de los condenados CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO y ALDEMAR BOTERO RODRÍGUEZ, en virtud de lo argumentado en párrafos precedentes.

Segundo: Admitir la censura para estudiar la posible incompetencia de la jurisdicción castrense, para lo cual se correrá traslado a la Procuraduría Delegada ante la Corte, a fin de que emita el correspondiente concepto en el término de ley, atendiendo lo argumentado atrás.

Tercero: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cuarto: Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Excusa justificada

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Permiso

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

Permiso

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Como las del PT. JUAN CAMILO CÓRDOBA RAMÍREZ, PT. RAÚL ÁNGEL CASTAÑEDA VILLA, JHON JAIRO MARMOLEJO PORTILLA, GRETTEY ARENAS ROBLEDO, SANDRA DALILA ROJAS DAZA, RARIO DE JESÚS RIVAS TOBÓN, PEDRO NEL MURCÍA, PLINIO MURCÍA; las indagatorias de CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTERO y ALDEMAR BOTERO RODRÍGUEZ.

2 Como la situación jurídica, en donde se afirmó, por ejemplo, “no es de recibo para este despacho”, sin ninguna comilla que delimite las transcripciones y las adiciones realizadas por el demandante, pues ambas se ubican en el mismo texto.

3 Iniciada el 12 de marzo de 2007, en Cali, por la Juez 157 de I. P. M. Mecal.

4 Citó el demandante el radicado 25.405 del 23 de mayo de 2007.