

Proceso No 30641

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 309

Bogotá, D.C, veintisiete de octubre de dos mil ocho.

V I S T O S

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL contra el fallo de segundo grado de fecha 11 de febrero de 2008, por cuyo medio el Tribunal Superior de Cartagena, confirmó la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2002, por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox, que condenó, entre otros, al mencionado procesado a la pena principal de 33 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años, como determinador de los delitos de secuestro simple agravado y homicidio agravado.

ANTECEDENTES

De manera acertada y suficiente, los hechos objeto de juzgamiento fueron reseñados así en la sentencia de primera instancia:

“Con el objeto de destruir unos laboratorios para el procesamiento de cocaína, en el

mes de agosto de 1994, el Ejército, realizaba en la región de La Pradera y Pueblo Mejía, la operación “Mineros”. Mientras se hacía un registro de la zona, el día 16 de ese mes y año, por parte de la Sección Segunda, al mando del CP MAYRO MARULANDA y el CS VÍCTOR SÁNCHEZ TOVAR, en la parte alta del cerro, fueron atacados con Grandas y tiros de fusil, resultando muertos el Cabo SÁNCHEZ y el soldado GARCÍA VÁSQUEZ.

“Esta patrulla la mandaba el ST PÉREZ DEVIA, la que fue apoyada por el Cuarto Pelotón al mando del ST ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, quien con la intención de averiguar sobre la muerte del Cabo SÁNCHEZ y por los comentarios que habían sobre que, HÉCTOR HERNÁN TAVARES MONTOYA, alias EL MOCHO, era “sapo” de la guerrilla, mandó a cuatro soldados, con la ayuda de dos más pertenecientes a la patrulla Cali II, autorizados por el ST PÉREZ DEVIA, para que le trajeran, desde donde se encontraba pernoctando en Pueblito Mejía, hasta la Base donde se encontraban ellos.

“Efectivamente, varios soldados vestidos de civil, fueron por EL MOCHO, a quien sacaron brutalmente de la casa, en presencia de sus hijos IRENE y CLAUDIA MONTOYA HOLGUIN y del señor YIMI CAVAS, como a las once de la noche del 17 de agosto del año mencionado, le tuvieron en la base, amarrado a un palo, durante el día 18, y en las horas de la madrugada del 19, también por orden de ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL lo subieron al Cerro y mientras el soldado GIL HINCAPIE le disparaba, los demás disparaban al aire repetidamente, simulando un combate con la guerrilla. Seguidamente dos soldados cavaron un hueco y lo colocaron allí tapándolo con piedras y palos y lo reportaron como un guerrillero dado de baja. Además hicieron un acta de levantamiento de cadáver de un N.N. en el que estamparon las huellas digitales de un viejo a quien le compraron un marrano, con la condición de que debía estampar las huellas digitales en un papel que ellos estaban elaborando, afirmando posteriormente que ellas eran las huellas del guerrillero al que le dieron de baja en el combate”.

La investigación por tales hechos fue inicialmente avocada por la justicia penal militar,

autoridad que a través de la de Auditoria Auxiliar 27 de Guerra de Malambo, escuchó en indagatoria a los entonces Subtenientes del Ejército Nacional ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL e Israel Hernando Pérez Devia, al Cabo Segundo César Augusto Castro Rodríguez y a los soldados Mario Javier Granda Upegui, Julio César Pereira Muñoz, Sixto Manuel Ruiz Paternina, Enrique Rafael Rodríguez Crespo, Luis Enrique Perea Altamar, César Alonso Carmona Carmona, Diego Echavarría Vélez, Luis Carlos Parra Rodríguez, Adolfo Parejo Pérez, José Gregorio González Ahumada, Libardo de Jesús Pérez Sosa, Adolfo Parejo Pérez, César Augusto Pertuz Molina, Efraín Puerta Villegas, Norbey Ospina Alzate, Félix Alberto Gil Ledesma y Álvaro Alfonso Quezada Emitola.

Para lo que interesa a esta decisión, se destaca que al entonces Subteniente del Ejército ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL se le escuchó en indagatoria el 23 de septiembre de 1994, y su situación jurídica fue resuelta el 3 de octubre siguiente, decretándose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de secuestro y homicidio, medida que luego fue extendida por los delitos de falsedad en documentos y peculado según proveído del 13 de junio de 1995, dictado por el Comandante de la Segunda Brigada del Ejército, designado como Juez Único de Primera instancia en resolución del 19 de mayo de 1995, dictada por el Comandante General de la institución.

Mediante resolución del 28 de diciembre de 1995, el Comando de la Segunda Brigada clausuró la etapa instructiva, procediendo luego a calificar el mérito del sumario, convocando a consejo verbal de guerra, entre otros, al mencionado ST. MORENO CARVAJAL por los delitos de homicidio, peculado, falsedad en documentos y detención arbitraria. La audiencia respectiva se llevó a cabo el 16 de julio de 1996, al culminar la cual se profirió veredicto de no responsabilidad a favor de todos los procesados.

El Presidente del Consejo Verbal de Guerra acogió el veredicto de no responsabilidad a favor de dos de los implicados, mientras que declaró contraevidentes los veredictos de los

otros procesados, entre ellos el que favoreció a ST. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL.

No obstante, al ser consultadas las anteriores determinaciones, el Tribunal Superior Militar mediante auto del 9 de octubre de 1996 declaró la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, del auto que clausuró la instrucción. Y en proveído del 27 de noviembre de 1997 el mismo Tribunal declaró que no era competente para conocer de la investigación, toda vez que los delitos cometidos por los procesados no tenían relación con el servicio, razón por la cual la actuación se remitió a la justicia ordinaria.

Fue así como el asunto llegó a conocimiento de la entonces Fiscalía Regional, autoridad que luego de verificar que en el expediente existía la prueba necesaria para calificar el mérito del sumario, mediante resolución del 22 de junio de 1999 clausuró la etapa instructiva.

La calificación del sumario fue proferida el 16 de febrero de 2000 con las siguientes acusaciones:

a. Contra el ST. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL como determinador de los delitos de homicidio agravado (artículo 324, numeral 7º, decreto 100 de 1980, reformado por la Ley 40 de 1993); secuestro simple agravado (artículo 270, numeral 5º, decreto 100 de 1980, reformado por la Ley 40 de 1993) y falsedad ideológica en documento público (artículo 219 del decreto 100 de 1980).

b. Contra el ST Israel Hernando Pérez Devia como cómplice de los delitos de secuestro simple agravado y autor de “favorecimiento de homicidio agravado” (artículo 176 del decreto 100 de 1980).

c. Contra el CS. César Augusto Castro Rodríguez como coautor del delito de secuestro

simple agravado y cómplice de homicidio agravado.

d. Contra los soldados Mario Javier Granda Upegui, Julio César Pereira Muñoz, Luis Enrique Perea Altamar, Neyer Segundo Pérez Parra, César Alonso Carmona Carmona y Diego Echavarría Vélez como coautores de secuestro simple.

e. A su vez, los soldados Mario Javier Granda Upegui y Julio César Pereira Muñoz como coautores de favorecimiento de homicidio.

f. Contra los soldados Luis Enrique Perea Altamar, Neyer Segundo Pérez Parra, Luis Carlos Parra Rodríguez y José Gregorio González Ahumada, como cómplices de homicidio agravado.

g. A su vez, los soldados Luis Carlos Parra Rodríguez y José Gregorio González Ahumada como coautores de favorecimiento de secuestro simple agravado.

h. Contra los soldados Adolfo Parejo Pérez, Felix Alberto Gil Ledesma, Libardo de Jesús Pérez Sosa, Efraín Puerta Villegas, Norbey Ospina Alzate, Sixto Manuel Ruiz Paternina, Álvaro Quezada Emitola y Enrique Rafael Crespo, como coautores de favorecimiento de secuestro simple agravado y homicidio agravado.

i. Contra el soldado Diego Echevarria Vélez como coautor de favorecimiento de homicidio agravado.

j. Contra el soldado César Pertuz Molina como coautor de favorecimiento de secuestro simple agravado y homicidio agravado.

Ejecutoriada la acusación, el conocimiento del juicio se avocó por el Juez Único Especializado de Cartagena, despacho que luego se declaró incompetente, tras considerar que los delitos de secuestro simple agravado y homicidio agravado por los

cuales se había acusado a los procesados, no tenían la connotación prevista en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal para radicar la competencia en cabeza de esa justicia especializada.

Después de pasar el proceso por el Juez Único Penal del Circuito de Magangue, que también se declaró incompetente, el expediente arribó al Juzgado Único Penal del Circuito de Mompo, despacho que luego de los trámites pertinentes evacuó la audiencia pública de juzgamiento, al cabo de la cual dictó la sentencia de primera instancia el 19 de diciembre de 2002, en los siguientes términos:

a. Condenó al ST. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, como determinador del secuestro y la muerte de Héctor Hernán Montoya, a la pena principal de treinta y tres (33) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Igualmente, lo absolvió del delito de Falsedad Ideológica en Documento Público.

a. Condenó ST. Israel Hernando Pérez Devia a la pena principal de cinco (5) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de favorecimiento de homicidio agravado.

a. Condenó a Luis Enrique Perea Altamar a la pena principal de catorce (14) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautor de secuestro simple agravado y favorecimiento de homicidio agravado.

a. Condenó a César Augusto Castro Rodríguez a la pena principal de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de favorecimiento de secuestro simple agravado y favorecimiento de homicidio agravado.

a. Condenó a Mario Javier Granda Upegui a la pena principal de catorce (14) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautor de secuestro simple agravado y favorecimiento de homicidio agravado.

a. Condenó a Julio César Pereira Muñoz a la pena principal de catorce (14) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautor del secuestro simple agravado y favorecimiento de homicidio agravado.

a. Absolvió a César Alonso Carmona Carmona del cargo de secuestro simple agravado.

a. Condenó a Diego Echavarría Vélez, a la pena principal de cinco (5) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor de favorecimiento de homicidio agravado.

a. Condenó a Luis Carlos Parra Rodríguez, José Gregorio González Ahumada, Adolfo Parejo Pérez, Félix Alberto Gil Ledesma, Libardo de Jesús Pérez Sosa, Efraín Puerta Villegas, Norbey Ospina Alzate, Sixto Manuel Ruiz Paternina, Álvaro Quezada Emitola, Enrique Rafael Rodríguez Crespo y César Augusto Pertuz Molina, a las penas principales de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autores de favorecimiento de secuestro simple agravado y favorecimiento de homicidio agravado.

La anterior determinación fue impugnada por los defensores de ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, Israel Hernández Pérez Devia y Luis Enrique Pérez Altamar, siendo confirmada en su integridad en el fallo que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL formula varios cargos al amparo de las causales tercera y primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, cuya fundamentación puede resumirse de la siguiente manera:

Primer cargo

1. Nulidad por violación al debido proceso.

Bajo esta fórmula aduce que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad por

cuatro razones que califica como irregularidades sustanciales que socavan la estructura del proceso, en los siguientes términos:

a) A pesar de que el Consejo Superior de la Judicatura era el competente para definir a qué autoridad le correspondía asumir el conocimiento del presente asunto, por tratarse de un conflicto entre distintas jurisdicciones, la Fiscalía General de la Nación, “de buenas a primeras, irreflexivamente”, decidió asumir directamente el conocimiento del caso abrogándose funciones que no le son propias ni legales.

Sostiene que mientras esa Corporación no defina quién es el competente para conocer del caso, “queda ROTA la estructura del proceso”, dejando latente una incertidumbre que resta seriedad y legalidad al trámite.

b) El segundo motivo de nulidad lo sustenta en el hecho de que el Fiscal de la Unidad de Derechos Humanos cerró la investigación sin contar con todos los cuadernos que conformaban la actuación anulada por la justicia penal militar, la cual afectó las pruebas, razón por la cual era imperativo repetirlas, en especial la ampliación de las indagatorias a los procesados, con el fin de desentrañar las razones por las cuales en su primera intervención explicaron que los hechos se suscitaron en un enfrentamiento armado con la guerrilla, en el curso del cual resultó muerto un subversivo; versión que luego cambiaron para señalar que el muerto respondía al nombre de Hernán Mota, quien había sido sacado de su vivienda y ejecutado por Gil Hincapié, según orden dada por el Teniente ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL.

Según el defensor, era necesario aclarar el motivo de esas disímiles versiones, pues el Tribunal Superior Militar había hecho serios cuestionamientos a la actividad del funcionario instructor por posibles presiones contra algunos soldados para que cambiaran su dicho inicial.

Aduce que en el estado en que se hallaba el proceso para el momento del cierre,

resultaba “obvio y natural” que no se daban las condiciones exigidas en el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal para tomar esa decisión, ya que la norma exige la prueba necesaria para calificar, y ello no era posible hasta tanto no se contara con todos los cuadernos que conformaban el expediente, y no se atendieran las razones de la nulidad decretada por la Justicia Penal Militar.

c) La tercera irregularidad se deriva, según el defensor, del hecho de que con una “simple constancia” se anunció que el cadáver de Héctor Hernán Montoya fue reconocido por su hija Irene Montoya Holguín, por la ropa que vestía, sin que al proceso se haya incorporado el certificado de defunción, prueba pertinente para demostrar la identidad del occiso en los términos del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

Sostiene que precisamente el Teniente ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL aportó al diligenciamiento el acta de levantamiento del cadáver, junto con las huellas digitales de ambas manos, sobre lo cual el juzgador guardó silencio, cuando era imperativo que se practicara la necrodactilia para establecer a ciencia cierta si el cadáver hallado correspondía al de un guerrillero, como lo afirmó el procesado MORENO CARVAJAL; o al de Héctor Hernán Montoya, alias “El Mocho”, como lo afirmaron los soldados involucrados.

De esa manera, se violó el debido proceso, porque se tuvo como prueba del reconocimiento del cadáver una mera constancia, que no fue obtenida en diligencia judicial ni respaldada en prueba documental. Insiste en que debió practicarse una diligencia de inspección judicial y procederse al levantamiento del cadáver como lo ordena la ley.

La ausencia del certificado de defunción, agrega, es trascendente ante la incertidumbre sobre la identidad de la persona a quien corresponde el cadáver hallado.

d) Como cuarta irregularidad, denuncia que a los procesados no se les mencionó ni advirtió sobre el contenido del artículo 33 de la Constitución Nacional. Tampoco se

sometió a la gravedad del juramento a los procesados que en su ampliación de indagatoria hicieron cargos contra el Teniente ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, señalándolo como la persona que ordenó la retención y posterior ejecución del señor Montoya.

Tales omisiones, dice, vulneran los artículos 29 y 33 de la Carta Política, 14 del Pacto Universal de Derechos Humanos y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, advierte, se tomaron como elementos de prueba varias indagatorias que fueron afectadas por la nulidad y que por tanto no podían servir como medio de convicción.

Señala que los jueces de instancia desconocieron las reglas que operan para la recepción y valoración del testimonio, pues éste debe ser idóneo desde el punto de vista “subjetivo o moral”.

Dice que si bien es cierto que en principio podría pensarse que el procesado MORENO CARVAJAL no tiene interés jurídico para alegar la omisión de las advertencias del artículo 33 de la Constitución Política a otros procesados, no puede desconocerse que ello le afecta de manera sustancial porque en dichas diligencias sus protagonistas le formularon cargos, razón por la cual le surge interés para cuestionar el contenido de esas actas, por violación del debido proceso.

2. Nulidad por violación al derecho de defensa

Alega que su defendido ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL no contó con defensa técnica, pues su inicial defensor, el Dr. Vergara de Oro, lo instruyó “de mala fe” para que transfiriera la responsabilidad penal al Comandante Castillo Rodríguez, como lo describen varios testigos “excepcionales”, quienes dieron cuenta de la forma como se contrató a éste profesional del derecho, quien argumentó tener una extraña relación de amistad con el funcionario instructor y asumió el poder otorgado por MORENO CARVAJAL

bajo la condición de que éste admitiera la comisión del homicidio argumentando que había actuado en cumplimiento de la orden impartida por el oficial Castillo Rodríguez, todo con el fin de obtener los eventuales beneficios de una rebaja de pena por sentencia anticipada.

Refiere que en el curso de la audiencia pública de la corte marcial tuvieron ocurrencia una serie de actuaciones y situaciones procedimentales que generaron serios cuestionamientos de su Presidente, por la posible parcialidad del funcionario instructor, quien además permitió que el mismo abogado Vergara de Oro defendiera a varios de los procesados, a pesar de que se presentaban claros intereses encontrados por el registro de acusaciones recíprocas, lo cual no fue solucionado por el funcionario instructor en su oportunidad.

Concluye que la conducta desplegada por el defensor en “procura de dar por terminado el proceso de manera abreviada por la figura de la SENTENCIA ANTICIPADA”, violó el derecho de defensa de su representado.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia, para que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive.

Segundo cargo

Al amparo de la causal primera, formula los siguientes reparos:

a. Error de hecho por falso juicio de raciocinio

Sostiene que en el presente caso el juzgador se “quedo corto” en el análisis de la composición probatoria, en la medida en que no se sabe a ciencia cierta a quién

corresponde el cadáver encontrado en el área del conflicto; no se tiene ningún soporte sobre la existencia de la presunta “orden militar”, de la que se desconocen sus motivos o razones; tampoco se exploraron “en derecho” las distintas versiones ofrecidas por los protagonistas; no se determinó, “en gracia de discusión”, el motivo por el cual el SL. Gil Hincapié acabó con la vida de alias “Mocho”; no se examinó la omisión flagrante sobre la imposición del artículo 33 de la Constitución Nacional, como tampoco la omisión de juramentar a quienes de manera inmotivada hicieron cargos contra el Te. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, respecto de lo cual se sabe que fueron presionados por el instructor castrense y el abogado Vergara de Oro.

Señala que el debido proceso supone que la sentencia sea dictada por un juez objetivo, en forma completa, legítima, lógica, motivada y congruente, según el entendimiento que de cada uno de tales conceptos trae.

Agrega que el falso raciocinio en este caso se deriva del hecho de que se desconocen las razones por las cuales varios de los procesados cambiaron su versión y cuál fue el beneficio prometido.

Cuestiona que se haya edificado la sentencia sin la prueba demostrativa de la identidad de la persona a la que pertenecía el cadáver encontrado, sin conocimiento del arma utilizada, ni comprensión sobre las circunstancias que rodearon la supuesta orden de ejecución. Además, la prueba testimonial no se examinó bajo los criterios señalados en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000, todo lo cual llevó a deducciones “incompatibles con un sano juicio”, absurdas y alejadas de lo demostrado en el proceso ante la flagrante ausencia de prueba.

A continuación trae una relación enunciativa de las pruebas que sustentaron la condena, citando, entre otras, la constancia de reconocimiento del cadáver por parte de la menor Irene Montoya, suscrita por el Inspector de Policía José Ignacio Tamayo; las

versiones de los soldados relatando las circunstancias en que fue retenido y posteriormente ejecutado alias “Mocho”; la ampliación de indagatoria del propio ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL admitiendo su participación en el homicidio investigado y en la elaboración del acta de levantamiento de cadáver en la que se colocaron las huellas digitales de un hombre de edad, a quien le habían comprado previamente un marrano; la posterior ampliación del mismo MORENO en la que explica que el cambio en su versión fue dada por la presión del funcionario instructor y las recomendaciones de su abogado, quien le indicó que acusara al comandante Castillo.

Con base en esa prueba, sostiene, el fallador arribó a la conclusión de que el Te. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL impartió las órdenes de retención y ejecución del señor Héctor Hernán Montoya, sin analizar el por qué del cambio de la versión inicial de los partícipes, cuando ello denotaba un claro interés y acomodamiento de la prueba.

Acusa al fallador de haber incurrido en un “dislate” en la elaboración del indicio, al no contemplar todas las hipótesis que pudieran confirmar o invalidar la decisión afincada en el hecho indicante, pues quedó en la incertidumbre la identidad de la persona a quien correspondían las huellas dactilares colocadas en el acta de levantamiento del cadáver, así como la identidad de la persona a quien correspondía el cuerpo hallado, sin que pueda admitirse como un “legítimo ejercicio argumentativo” las reflexiones contenidas en la sentencia para señalar al Te. MORENO CARVAJAL como determinador de los delitos, sin que obre prueba que suministre la certeza requerida.

El fallador, dice, “no explicó cuál era la inferencia lógica” y por lo mismo, “dejó de hacer mención a las reglas de la experiencia que actuaron para construir la deducción que más se acercaba a lo que era materia de investigación”.

Cuestiona que en su oportunidad no se haya interrogado al SL. Gil Hincapié sobre las circunstancias que rodearon la orden de ejecución de alias “El Mocho”,

supuestamente recibida de su representado, punto sobre el cual quedó un manto de duda.

Igual duda, dice, se perfila frente a la identificación del cadáver encontrado, ante la ausencia de prueba técnica que acreditase que correspondía a alias “El Mocho”.

Afirma que si el juzgador hubiese acatado los postulados de la ciencia, de la lógica y la experiencia, no habría podido imputar al Te. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL determinación en la conducta investigada, por ausencia de prueba demostrativa de que ordenó a Gil Hincapié sustraer de su vivienda a la víctima y luego ejecutarlo frente a un colectivo de testigos, comportamiento que rebasa el sentido común y la experiencia.

Afirma que la calidad o condición de militares no implicaba para el colectivo de soldados la obediencia ciega a la presunta orden del Te. ALEXÁNDER Moreno Carvajal, pues los mismos eran conocedores de las consecuencias que acarreaba una conducta como la investigada, razón por la cual debe concluirse que mintieron en sus afirmaciones para salir airosos del problema.

La inferencia judicial incurre en el sofisma de petición de principio al dar por demostrado lo que tenía que demostrarse, a saber, las circunstancias en que se impartió la cuestionada orden de retención y ejecución de alias “El Mocho”, pues la prueba directa no lleva a esa conclusión. Tampoco se preocupó el fallador de descubrir la razón por la cual MORENO CARVAJAL habría impartido, en gracia de discusión, la cuestionada orden, ni se estableció el motivo que podía tener para ejecutar a la víctima.

Dice que la totalidad del fallo está montado sobre “conjeturas, ideas y opiniones de algunos soldados”, cuyas narraciones son divergentes.

Cita apartes de la ampliación de indagatoria del Cabo Castro para deducir de ella que sí se presentó el enfrentamiento con la guerrilla, insistiendo en que el fallador incurrió en un error de razonamiento al descalificar el enfrentamiento y aceptar la tesis de la retención y ejecución de la víctima.

De todas maneras, advierte, de aceptarse el último supuesto fáctico, esa tarea fue ejecutada directamente por el soldado Gil Hincapié, y la responsabilidad penal es personal, intransferible e incommunicable, razón por la cual no puede imputarse responsabilidad a su representado.

Pide, en consecuencia, que ante la ausencia de prueba que suministre certeza sobre la responsabilidad penal del Te. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, se le absuelva en aplicación del principio de inocencia.

b) Violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 30, 104-7 y 268 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 446 íbidem, que tipifica el delito de favorecimiento.

Según el demandante, el Juzgador incurrió en una indebida aplicación del artículo 30 del Código Penal, pues cuando se habla de la “determinación” debe estar suficientemente acreditada la figura de la “coparticipación” y en el presente caso no existen elementos probatorios demostrativos de las circunstancias de tiempo y modo en que se produjo esa determinación, ni de los incentivos que desplegó el procesado para cautivar y poner a su servicio la voluntad del otro agente, como tampoco de las circunstancias en que el último aceptó el encargo.

Insiste en que los actos del instigador deben estar perfectamente esclarecidos, pero aquí es difícil “en términos de ley” admitir que el Te. MORENO CARVAJAL indujo al soldado Gil Hincapié a materializar la conducta cuestionada por el sólo hecho de comandar el grupo que conformaba el cuarto pelotón del Ejército.

Dice que así se admita que el homicidio del señor Hernán Montoya fue ejecutado por soldado Gil Hincapié, “no surge nexo causal o (sic) ontológico que permita tenerse (sic) certeza que en verdad ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL le haya impartido la orden de desplegar tal actividad”.

Considera que la conducta del procesado MORENO CARVAJAL se adecua al tipo del favorecimiento, porque en su condición de Comandante del Cuarto Batallón del Ejército, debió dejar a disposición de la autoridad competente al soldado Gil Hincapié, de quien no se discute que fue el autor material del secuestro y homicidio juzgados.

Lo que se presento, insiste, fue un acto autónomo e independiente del soldado Gil Hincapié, que no puede transferirse al Te. MORENO CARVAJAL, máxime cuando la responsabilidad no se transmite a quienes no han guardado intencionalidad en la conducta.

Después de traer algunos conceptos doctrinales sobre la llamada “responsabilidad de mando” y de hacer una enunciación jurisprudencial sobre el tratamiento del autor y el determinador, insiste en que de acuerdo con el acopio probatorio traído en la sentencia, el cual enuncia, no es posible considerar al Te. ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL como determinador de los delitos investigados, ante la ausencia de la prueba demostrativa de la orden militar, razón por la cual en su condición de comandante del batallón sólo puede responder por el delito de favorecimiento.

Afirma que MORENO CARVAJAL tuvo conocimiento de las conductas realizadas por el soldado Gil Hincapié, sobre la retención y posterior ejecución de alias “El Mocho”, pero nunca se concertó previamente para la realización de las mismas, sino que después de ejecutadas, las encubrió, cuando en su condición de comandante debió capturar y poner a disposición de la autoridad competente al autor material, procedimiento con el cual pretendió entorpecer la investigación, y por tanto, reitera, debe responder por el delito

de favorecimiento.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia, y en su reemplazo se dicte una condenatoria por el delito de favorecimiento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sobre la demanda de casación

Son múltiples las falencias que de entrada detecta la Sala en la demanda presentada por el defensor de ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, cuya profusión argumental, se advierte desde ya, no demuestra la materialización de una flagrante violación que conlleve al derrumbamiento de la doble presunción de acierto y legalidad de que llega revestida la sentencia de segunda instancia, como se entra a analizar:

Primer cargo

a. Nulidad por violación al debido proceso.

Bajo éste epígrafe, el censor denuncia cuatro irregularidades que en su criterio socavan la estructura del proceso, pero que en criterio de la Sala adolecen de una debida fundamentación, que no puede excusarse por la relativa flexibilidad que se tolera en su formulación, pues la jurisprudencia ha enseñado al respecto que cuando se alegan nulidades en sede de casación, debe aparecer en el libelo, cuando menos, la concreción del acto irregular, la indicación de la forma como éste afectó las garantías debidas a los sujetos procesales, o las bases de la instrucción o el juzgamiento, así como la

explicación de la manera como la sentencia de segundo grado pierde cualquier base de legitimidad.

En efecto, la queja porque la Fiscalía de la jurisdicción ordinaria asumió el conocimiento del proceso después de que la justicia penal militar declaró su incompetencia para seguir conociendo del mismo -tras reconocer que los delitos investigados no tenían relación con el servicio-, sin que el punto hubiese sido definido previamente por el Consejo Superior de la Judicatura, carece de un fundamento serio, pues no dice el demandante que en relación con ese aspecto se hubiese suscitado una controversia entre las dos jurisdicciones que obligara la intervención de ese cuerpo colegiado, como tampoco explica las razones por las cuales considera que existen dudas frente a la competencia de la justicia ordinaria que finalmente conoció y fallo del caso, punto frente al cual, vale decirlo, no observa la Sala motivo de incertidumbre alguno, porque de acuerdo con lo que se declaró probado en la sentencia, la muerte de Héctor Hernán Tavares Montoya, alias “El Mocho”, se dio en circunstancias ajenas al combate o a la tarea de guarda y protección de la integridad del Estado y la comunidad misma, encomendadas a las Fuerzas Militares.

El segundo motivo de nulidad alegado, según el cual la Fiscalía cerró la investigación sin contar con todos los cuadernos que conformaban la actuación anulada por la justicia penal militar y sin considerar que dicha decisión afectó las pruebas, que por tanto debían repetirse, carece de fundamentación y razón.

Lo primero, porque no explica el censor de qué manera la supuesta falta de unos cuadernos de la actuación al momento del cierre, afectó las garantías debidas a los sujetos procesales o las bases de la instrucción o el juzgamiento, ni cómo incidió ello en la posterior

calificación del sumario y menos de qué manera repercutió en la sentencia, razón por la cual la alegación se queda en el mero enunciado.

Lo segundo, porque ya la Corte tiene definido que la potestad del funcionario instructor competente se materializa trascendente en los actos del cierre de la investigación y la formulación de la acusación, que no pueden ser ejecutados legítimamente por funcionario incompetente. Sobre esa base, la Corte ha establecido el límite a partir del cual, en la instrucción, se entiende pasible de saneamiento la actuación cuando ella ha sido surtida por funcionario incompetente. Así lo dejó sentado, entre otros, en la decisión del 11 de abril de 2007, dentro del radicado No. 25.630:

“Precisamente, sobre este particular, la Corte ha limitado la invalidación total de lo adelantado en la fase instructiva, a los casos específicos en los que, contando con fuero la persona, la investigación se adelantó por funcionario instructor incompetente. Así se ha dejado sentado pacífica y reiteradamente, entre otras decisiones, en Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicado 15234, cuya parte pertinente reza:

“Al respecto la Sala, de manera reiterada ha sostenido, que si ab initio se establece que se trata de persona aforada y no obstante lo cual, un funcionario incompetente dicta resolución de apertura de instrucción, recibe indagatoria y practica pruebas, lo único inválido será aquella decisión y la indagatoria, pero no los restantes medios de convicción, los que conservan su validez y se entienden incorporados a las diligencias de indagación preliminar.¹”

“En los demás casos, la Corte ha establecido el límite a partir del cual, en la instrucción, se entiende pasible de saneamiento la actuación cuando ella ha sido surtida por funcionario incompetente.

“Así lo dijo en decisión del seis de mayo de 2001, en el radicado 13004:

“Se casará el fallo, entonces, de acuerdo a como lo solicitan los Procuradores Delegados ante el Tribunal y la Corte. Y la invalidación será, inclusive, desde la orden de celebrar la audiencia de aceptación de cargos, dispuesta por el Fiscal 13 Seccional de Fusagasugá al finalizar la ampliación de indagatoria de POLO MILLAN (fl. 101 c. principal). Dicha determinación, en cuanto acto de preparación de la calificación del sumario (el cual tiene lugar en la respectiva audiencia en virtud de la equivalencia legal prevista en el artículo 37 B-2 del C. de P.P.) supone la competencia del Fiscal instructor, de la cual carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito del municipio anotado.

“No existe ninguna razón para acceder a la invalidación de toda la actuación, que fue lo que solicitó el Procurador Delegado en su concepto. Uno de los fines de la investigación es el esclarecimiento de los hechos y naturalmente la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que los actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada al respecto y ha considerado que sólo es viable extender el vicio de incompetencia al auto de apertura de la instrucción en casos de fuero por razón del cargo, en atención a que en los mismos el privilegio se deriva de una circunstancia puramente objetiva, que como tal se puede advertir antes de la iniciación del proceso.²

“Por último, en auto del 10 de agosto de 2005, Radicado 23871, esta corporación señaló:

“a) El Tribunal declaró la nulidad de la acusación, pues consideró que la conducta que recogía lo relacionado con el arma de uso privativo de la fuerza pública era el porte, no la conservación, y que, por tanto, la calificación solo la podía proferir el fiscal seccional (competente para conocer del porte) y no el especializado (a quien la ley le asignó la conservación).

“Pero olvidó que el acto de clausura exige plena competencia, porque si bien cualquier

delegado de la fiscalía puede instruir, solo en quien recaigan todos los factores de competencia está habilitado para ordenar el cierre”.

“Evidenciado que el asunto ahora sometido a examen, no comporta el presupuesto de tratarse de persona aforada el encartado -todo lo contrario, como se ha referenciado a lo largo de esta providencia-, la decisión nulificante no tiene por qué abarcar la investigación en su desarrollo, sino apenas los momentos procesales en los cuales se demanda de competencia objetiva del fiscal, vale decir, el cierre instructivo y consecuente calificación del mérito de la instrucción”.

El tercer motivo de nulidad lo deriva el defensor del hecho de que con una “simple constancia” de un Inspector de Policía se haya admitió que el cadáver de Héctor Hernán Montoya fue reconocido por su hija Irene Montoya Holguín, sin que al proceso se hubiera incorporado el correspondiente certificado de defunción.

Aquí el error de argumentación es evidente, pues la errada valoración de un elemento de juicio no afecta la validez del proceso en sí mismo. Ello porque los errores de valoración probatoria no son yerros in procedendo sino in iudicando o de juicio, de manera que no conducen a nulidad del proceso sino a que eventualmente, si existe trascendencia, se case el fallo y se dicte uno de reemplazo, en el cual no se tengan en cuenta los medios de convicción que se refutan ilegales para la demostración del hecho que se quiere probar, o se valoren de otra manera.

Por lo tanto, si el defensor consideraba que con el referido documento no era posible acreditar el reconocimiento del cadáver de Héctor Hernán Montoya, ha debido denunciar el vicio por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal que rige el caso (Ley 600 de 2000), por constituir un yerro de apreciación probatoria, que de hallarse materializado en la sentencia, se reitera, no llevaría a la invalidez del proceso, sino a la necesaria consecuencia de determinar

un fallo de reemplazo si es que al excluir esa valoración, el restante conjunto de elementos de prueba no alcanzaran a sostener el sentido de la decisión impugnada, todo lo debe acreditar el demandante, tarea que de ninguna manera acomete el censor.

Frente a la cuarta irregularidad denunciada, consistente en que a los coprocesados que hicieron cargos contra el Teniente ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL no se les advirtió sobre el contenido del artículo 33 de la Constitución Nacional y tampoco se les tomó juramento cuando hicieron tales señalamientos, basta señalar que la Corte tiene definido que la omisión de juramentar al procesado cuando lanza cargos que comprometen a un tercero, no genera irregularidad alguna, como quiera que el tópico asoma intrascendente en punto de la validez y capacidad suasoria de la prueba, implicando apenas, a título de efecto material concreto, que al encargado de rendir testimonio no pueda vinculársele responsable del delito de falso testimonio, en el evento de definirse mendaz o acomodada su dicción.

Sobre el particular, ha sostenido pacífica y reiteradamente la Corte que:

“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 14065, y 27 de febrero de 2003, radicación 17.837...”³.

Por tanto, reiterada la Sala, la omisión del juramento en la hipótesis examinada en ninguna forma hace nugatoria la posibilidad del examen integral de la indagatoria como

medio de prueba y obviamente la de ser tomada como fundamento de cualquier determinación dentro del proceso penal.

Ahora, aunque el demandante tiene interés para atacar la legalidad de las indagatorias recibidas a los soldados que declararon en contra de su defendido, el cargo debió presentarlo al amparo de la causal primera, cuerpo primero, por falso juicio de legalidad, como quiera que el error sólo lo beneficiaría en la medida en que se excluyeran tales indagatorias como medios de prueba, pues los efectos personales de la presunta irregularidad procesal, por no haber cobijado a su defensor, no se le extenderían.

Pero en tales eventos, tiene dicho la Sala, la impugnación no queda satisfecha con la mera enunciación del reproche y la indicación del medio censurado, sino que es necesario probar que el juzgador al estimar los elementos de juicio puestos a su alcance, dio validez a uno o a algunos aducidos al proceso sin las formalidades exigidas por la ley, y demostrar la incidencia del desacierto en el establecimiento de la verdad fáctica y en las premisas conclusivas del fallo, nada de lo cual asume el censor, pues ni siquiera específica quiénes fueron los coprocesados que hicieron cargos contra su defendido y cómo fueron valorados esos testimonios en el fallo impugnado.

En tal sentido, el cargo carece de fundamentación.

b) Nulidad por violación al derecho de defensa

Aquí se queja el censor de que el procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL no contó con una defensa técnica, pues su inicial defensor lo instruyó, “de mala fe”, para que admitiera su participación en el homicidio, argumentando que había actuado en cumplimiento de la orden impartida por el oficial Castillo Rodríguez, todo con el fin de obtener los eventuales beneficios de una rebaja de pena por sentencia anticipada.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corte tiene determinado que la ausencia de

defensa técnica en manera alguna puede soportarse en el juicio posterior y especulativo de la labor defensiva, realizado a partir de las apreciaciones personales del censor, en el señalamiento de lo que entiende éste desde su particular perspectiva debió y no fue realizado con miras a obtener mejores resultados, pues “en derecho penal puede haber estrategias diversas y razonables y no siempre existe una exclusiva y única forma de ejercer la defensa de un procesado, fácil es concluir que la simple diversidad de criterios no logra constituir fuerza suficiente para censurar un proceso con base en la ausencia de defensa técnica”⁴.

Por esa razón, se ha dicho también por esta Corte que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una actitud pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y que no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede sostenerse que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno al estilo, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate⁵.

De otro lado, el demandante alega una incompatibilidad de interés en la defensa conjunta de los procesados, pero no demuestra de qué manera tuvo ocurrencia la presunta irregularidad, ni cómo habría privado de oportunidades favorables a los intereses de su asistido, ni la razón por la cual los relatos de los procesados comprometían recíprocamente su responsabilidad, al extremo de hacer imperativo, o cuando menos aconsejable, la designación de abogados distintos para que separadamente asumieran su defensa, pues para que pueda hablarse de incompatibilidad en la defensa es necesario que entre los procesados existan imputaciones recíprocas, o posturas irreconciliables, o que la verdad revelada por uno interfiera en los intereses defensivos del otro, aspectos

estos que de ninguna manera destaca el recurrente, motivo por la cual el cargo carece de razón suficiente.

Segundo cargo

a. Error de hecho por falso juicio de raciocinio

Ha sido suficientemente destacado por la Sala, en pacífica jurisprudencia, que quien alega un error de hecho por falso raciocinio, soportada en la violación de los postulados de la sana crítica, está obligado a señalar lo que objetivamente expresa el medio probatorio sobre el cual se predica el error, las inferencias extraídas por el juzgador de él y el mérito suasorio que le otorgó. A renglón seguido, es necesario indicar el axioma de la lógica, el principio de la ciencia o la regla de la experiencia desconocidas o vulneradas, y dentro de ellas referirse a la correctamente aplicable, hasta, finalmente, demostrar la trascendencia del error en punto de lo resuelto, señalando cómo la exclusión del medio criticado, indispensablemente, dentro del contexto general de lo aducido probatoriamente, conduciría a una más favorable decisión para la parte impugnante.

En el presente evento, el demandante se limita a enunciar una serie de cuestionamientos generales para sostener que el juzgador se “quedo corto” en el análisis de la composición probatoria, porque, según el defensor, no se sabe a ciencia cierta a quién corresponde el cadáver encontrado en el área del conflicto; no se tiene ningún soporte sobre la existencia de la presunta “orden militar”; no se exploraron “en derecho” las distintas versiones ofrecidas por los protagonistas; no se determinó, “en gracia de discusión”, el motivo por el cual el soldado Gil Hincapié acabó con la vida de alias “El Mocho”; y, se desconocen las razones por las cuales varios de los procesados cambiaron su versión.

Pero, aparte de la relación enunciativa de las pruebas que sustentaron la condena, el demandante no da a conocer qué fue lo que dijeron de ellas los juzgadores de primer y segundo grados, es decir, cuál en concreto fue la valoración probatoria consignada en la sentencia impugnada para arribar a la certeza de la responsabilidad de ALEXANDR MORENO CARVAJAL.

De esta manera, es claro que el recurrente no cumplió con el cometido de demostrar la presencia de un error de hecho por falso raciocinio, pues se limita a repetir insistentemente que fueron desconocidos los postulados de la sana crítica, acusando al fallador de no haber explicado “cuál era la inferencia lógica” y de omitir la mención de “las reglas de la experiencia que actuaron para construir la deducción que más se acercaba a lo que era materia de investigación”, omisiones en las que en realidad incurre es el casacionista, pues, de un lado, no enseña cuáles fueron las valoraciones del juzgador para sustentar el fallo de responsabilidad, ni tampoco cuáles fueron las reglas de la sana crítica que considera vulneradas en ese análisis.

La censura, entonces, apenas quedó enunciada, puesto que simplemente se presentan unas críticas generales a la evaluación probatoria, desatendiendo por completo los parámetros argumentales y lógico-jurídicos previstos para la causal por él invocada, pasando por alto que la sentencia llega a esta sede revestida de una doble condición de acierto y legalidad.

b) Violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 30, 104-7 y 268 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 446 íbidem, que tipifica el delito de favorecimiento.

Según el demandante, el Juzgador incurrió en una indebida aplicación del artículo 30 del Código Penal, pues no existen elementos probatorios demostrativos de las circunstancias de tiempo y modo en que se produjo la determinación que se imputa

a su defendido, ni de los incentivos que desplegó el procesado para cautivar y poner a su servicio la voluntad del otro agente, como tampoco de las circunstancias en que el último aceptó el encargo.

Considera, en cambio, que la conducta del procesado MORENO CARVAJAL debió adecuarse al tipo penal del favorecimiento, porque en su condición de Comandante del Cuarto Batallón del Ejército, omitió capturar y poner a disposición de la autoridad competente al soldado Gil Hincapié, de quien no se discute que fue el autor material del secuestro y homicidio juzgados.

Cuando se acude a la violación directa de la ley sustancial, también ha enseñado la Corte con insistencia, el recurrente debe tomar el texto de la sentencia y sobre su construcción, sin referirse a los hechos establecidos, los cuales debe aceptar a plenitud, mostrar el error de juicio en que incurrió el sentenciador, fenómeno que no acontece en el evento que nos ocupa, en tanto que el recurrente cita como fuente de sus aseveraciones el análisis particular de la prueba, con desprendimiento de los razonamientos y relaciones argumentativas contenidas en la sentencia, por manera que el ataque resulta ininteligible y, en consecuencia, se demanda imperiosa su desestimación, ante la falta de claridad y precisión en su indicación, exposición y fundamento.

El recurrente ni siquiera transcribe las disquisiciones del Ad quem, lo cual impide a la Corte conocer el contenido íntegro de los razonamientos del fallador y, en especial, las razones por las cuales arribó a la conclusión de que el procesado MORENO CARVAJAL fue determinador de los delitos por los cuales se le residenció en juicio.

2. Prescripción de la acción penal en lo que respecta al delito de favorecimiento.

Como se dejó reseñado en los antecedentes del caso, varios de los procesados fueron condenados como autores del delito favorecimiento, tipificado en el artículo 446 de la Ley 599 de 2000 y sancionado con prisión de cuatro (4) a doce (12) años de prisión

cuando el mismo se cometiere para eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La misma pena se contemplaba en el artículo 176 del Decreto 100 de 1980, adicionado por la Ley 365 de 1997, cuando el favorecimiento se cometiere para ayudar a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación de hechos punibles de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, norma que fue aplicada en la sentencia para dosificar la pena.

Respetando esa adecuación típica, pues de acuerdo con pacífica jurisprudencia de esta Corte, la calificación jurídica dada a los hechos en la sentencia es la que en última va fijar el marco jurídico para establecer el término de prescripción en esta etapa del proceso⁶, se tiene que para tales efectos debe considerarse que todos los condenados por favorecimiento cometieron el delito con ocasión de su pertenencia al Ejército Nacional, en su condición de soldados, motivo por el cual cabe aplicarles el aumento de una tercera parte señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (artículo 82 del Decreto 100 de 1980).

Por lo tanto, de conformidad con las reglas de prescripción previstas en los artículos 83 y 86 de la misma Ley 599 de 2000, la acción penal por el ilícito en comento prescribió el 20 de junio de 2008, pues la resolución calificatoria cobró ejecutoria el 20 de junio de 2000, según la constancia que obra al folio 237 del cuaderno original No. 5, por lo que, entonces, al día siguiente comenzó a correr el lapso prescriptivo por un término igual a la mitad del máximo de la sanción establecida para el punible en cuestión, aumentado en una tercera parte, esto es, 8 años, tiempo que se cumplió en el Tribunal Superior de Cartagena, antes de concederse el recurso extraordinario de casación.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, en lo que respecta al delito de favorecimiento, no queda a la Sala alternativa diferente a la de declarar la prescripción, fenómeno que impide el ejercicio de la acción penal en cualquiera de las fases o sedes del proceso penal y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, se decretará la cesación del procedimiento adelantado en contra de Israel Hernando Pérez Devia, César Augusto Castro Rodríguez, Diego Echavarría Vélez, Luis Carlos Parra Rodríguez, José Gregorio González Ahumada, Adolfo Parejo Pérez, Félix Alberto Gil Ledesma, Libardo de Jesús Pérez Sosa, Efraín Puerta Villegas, Norbey Ospina Alzate, Sixto Manuel Ruiz Paternina, Álvaro Quezada Emitola, Enrique Rafael Rodríguez Crespo y César Augusto Pertuz Molina.

En relación con los procesados Luis Enrique Perea Altamar, Mario Javier Granda Upegui y Julio César Pereira Muñoz, a quienes se les condenó por los delitos de secuestro simple agravado y favorecimiento de homicidio, por razón de la prescripción de esta última conducta, habrá de redosificárseles la pena de prisión impuesta.

A tal efecto, el A quo determinó que la sanción más grave era la del secuestro simple agravado, por el cual impuso a cada procesado diez (10) años prisión, pena que luego incrementó, en aplicación de las reglas del concurso, en 4 años por el favorecimiento, fijando así una pena privativa de la libertad de 14 años de prisión para cada uno de estos implicados.

Ello significa que para la redosificación de la sanción, basta descontar los cuatro (4) años correspondientes al incremento por el delito de favorecimiento, lo que conduce a que los procesados Luis Enrique Perea Altamar, Mario Javier Granda Upegui y Julio César Pereira Muñoz deban purgar por el punible de secuestro simple agravado, una sanción principal de diez (10) años de prisión, lapso al cual se reducirá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Finalmente, debe advertir la Sala que en relación con la absolución que favoreció a ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL por el delito de falsedad ideológica en documento público, la Sala se abstendrá de decretar la prescripción de la acción penal respecto de esa conducta, a fin de que perviva el efecto de la sentencia absolutoria dictada en las instancias, pues la decisión que en ese sentido lo cobijó no fue discutida por ningún sujeto procesal, situación que reactiva el criterio jurisprudencial adoptado en el fallo de casación del 16 de mayo de 2007, radicado No. 24.374, en el que sobre el tema se consignó:

“...si se entienden en concreto los derechos fundamentales arraigados en la norma constitucional, particularmente, su artículo 1°, que dice fundada la República en el respeto por la dignidad humana, y el desarrollo que se materializa en la protección a la honra y el buen nombre, no puede decirse de entrada que la decisión de ordenar la prescripción en cualquier estado del proceso en la cual se advierta, respeta a cabalidad unos tan profundos preceptos constitucionales.

“Necesariamente, estima la Corte, el análisis debe operar respecto del caso concreto, para ver de significar cuál es la decisión que mejor consulta los intereses y derechos del presunto favorecido.

“Porque si, como tradicionalmente se ha entendido, es la prescripción una especie de sanción al Estado, por ocasión de la morosidad en la tramitación, que indefectiblemente redunda a favor de la persona objeto de investigación penal, tanto que es ella exclusivamente quien puede renunciar al beneficio, no parece lógico que, entonces, pretextándose la imposibilidad de continuar con el proceso, en advenimiento de una bastante relativa incompetencia, se opte por la decisión objetiva que menos consulta

esos derechos buscados a proteger, dejando expósita la honra y dignidad de quien, como aquí sucede, ha sido declarado inocente de uno de los delitos imputados por las dos instancias ordinarias encargadas de juzgar su caso.

“(…)

“Resultan enfrentados, así, en una especie de parangón favorable para el encartado, la posibilidad de acceder al mecanismo de cesación procedimental por la vía de la prescripción, con la opción de dar completo valor material a las decisiones del A quo y Ad quem, en cuanto absolvieron al acusado de uno de los cargos endilgados.

“Y, estima la Corte, la decisión no puede pasar apenas por el tamiz si se quiere organicista que gobernó la decisión de la mayoría en la sentencia del año 1980 atrás citada, pues, así no se consultan adecuadamente principios básicos de justicia y los valores constitucionales que de manera tan profunda irradian la Constitución de 1991.

“Desde una perspectiva eminentemente constitucional, en protección de los derechos fundamentales a la dignidad, la honra y el buen nombre, no puede ser lo mismo que después de someter a las afugias de un proceso penal al acusado de un delito de enorme relevancia social, se diga que el Estado perdió toda potestad de continuar adelantando la investigación, por el simple paso del tiempo, a que se pregone examinado de fondo el asunto por las dos instancias ordinarias y luego de un examen riguroso, se absuelva del delito a la persona.

“Esta última solución, no cabe duda, restaña en algo el daño que la prosecución penal pudo causar en los derechos fundamentales a la dignidad, la honra y el buen nombre del procesado, que es lo menos que puede esperarse otorgar al individuo una vez se le reconoce inocente.

“Por lo demás, ya dentro del ámbito concreto de lo que la ley informa, no se discute que

si bien pueden consultar efectos similares, la decisión prescriptiva, así se tome dentro del cuerpo de una sentencia, posee una naturaleza de estirpe interlocutoria, asaz diferente de la sentencia absolutoria.

“Al efecto, para citar apenas dos ejemplos, el auto que decreta la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, no puede ser controvertido a través del recurso extraordinario de casación, ni por intermedio de la acción de revisión, consecuencias que, en principio, podrían entenderse favorables para la persona en cuyo favor se dictó.

“Pero, si como sucede en este caso, ya las decisiones absolutorias de primera y segunda instancias, han agotado la posibilidad de controversia que reclama la casación, cubierto el término prescriptivo en el trámite casacional que gobierna tópicos completamente diferentes, no se ve porqué en lugar de cubrir con el ropaje interlocutorio de la prescripción el asunto, no se permite continuar con su plena vigencia las decisiones absolutorias tomadas en sendos fallos, cuando es lo cierto que se trata de decisiones de fondo -reiteramos, cubiertas por la doble condición de acierto y legalidad-, y allí se consulta a cabalidad el valor justicia, a más de que se materializan a favor del procesado los derechos a la dignidad, honra y buen nombre, aún periclitantes si se opta por la otra solución.

“Mírese, igualmente, en punto de los perjuicios civiles derivados de la conducta punible, cómo la solución adoptada, puede conducir a efectos bastante diferentes.

“Sobre el particular, si la persona es absuelta, y esa decisión cobra pleno vigor porque se estima que el delito no existió o ella no lo cometió, se cierra la puerta a la posibilidad de que por la vía civil se puedan reclamar perjuicios derivados del ilícito, como así lo consagra el artículo 57 del C. de P. P.:

“Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria. La acción civil no podrá iniciarse ni

proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.”

“Conocido que la prescripción en materia civil tiene unos límites diferentes de los propios del trámite penal, elemental surge que en caso de absolución por los factores citados en la norma, resulta ello más favorable a la persona, que la simple decisión interlocutoria de prescribir la investigación, pues, en esta última circunstancia sigue latente la posibilidad de que por la vía civil se reclame pago de perjuicios.

“Y ya abordado el tema indemnizatorio, no puede pasar por alto la Corte cómo las recientes decisiones del Consejo de Estado, en punto del pago de perjuicios a quien ha sido objeto de investigación penal y detención por este motivo, entraña profundo beneficio para la persona absuelta incluso por duda probatoria, pues, en estos asuntos -véase la decisión del 4 de diciembre de 2006, Sección Tercera, Radicado 13168-, se presume la falla estatal y basta la decisión absolutoria para ese efecto.

“No parece a la Corte, acorde con lo anotado, que la decisión de decretar la cesación de procedimiento por prescripción, deba surgir automática a la verificación objetiva del paso del tiempo, haciéndose menester una evaluación previa que parta por auscultar la protección de los legítimos derechos del procesado, si se tiene claro que otra opción, dígase la absolución, tiene mejor fortuna en ese cometido.

“En términos generales, es preciso relevarlo, ante el doble camino de absolver o decretar la prescripción, el juez debe optar por la solución que de manera más acabada restituya los derechos conculcados, o cuando menos limitados o puestos en tela de juicio, del acusado, y ella, no cabe duda, es el mecanismo absolutorio que, desde luego, no opera en cualquier momento, sino en los casos específicos en los que el asunto, por obra de la tramitación adelantada, ya ha cubierto las diferentes etapas investigativa y de

enjuiciamiento, hallándose a despacho para la decisión de fondo.

“Esto, porque no se trata de desvertebrar el proceso debido y la estructura antecedente consecuente del mismo, sino de facultar al fallador para que, enfrentado al parangón antes destacado, con plena autonomía para decretar la prescripción o emitir la sentencia que se le demanda, escoja con absoluta competencia, la más adecuada de las soluciones. Esto, por cuanto, si bien puede significarse que al estado, con el advenimiento del plazo prescriptivo, se le ha agotado la posibilidad de ejercer la acción penal, no ocurre igual con la obligación, en cuanto se erige el juez como garante de los derechos de las personas involucradas en el proceso, de restablecer unas dichas garantías.

“Sólo así puede significarse que el funcionario cumple adecuadamente con el principio rector consignado en el artículo 9° del C. de P.P., en cuanto reza:

“Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código”

“Y si, además el artículo primero de los códigos Penal y de Procedimiento Penal, destaca como valor primordial el del respeto a la dignidad humana y ambas codificaciones remiten como fuente directa de aplicación, a las normas que integran el bloque de constitucionalidad, expedito se halla el camino para que, precisamente buscando materializar los derechos fundamentales del vinculado al proceso, se dé plena aplicación al artículo 228 de la Carta, respecto de la prevalencia del derecho sustancial.

“Es claro, eso sí, que cuando el asunto apenas se tramita y no ha alcanzado el estado que permite al funcionario judicial emitir decisión de fondo, ya surge automática y necesaria la obligación prescriptiva, en el entendido que el paso del tiempo ha cobrado su efecto y no es posible que se continúe adelantando el proceso, a menos, desde luego, que el encartado renuncie a la prescripción, caso en el cual sí se hace necesario agotar el

debate jurídico, con involucramiento de todas las partes.

“En todo caso, debe relevar la Corte, precisamente por ocasión de que el encartado entienda mejor otras opciones, ha de darse plena operatividad a la posibilidad de renuncia a la prescripción, contemplada en el artículo 44 del C. de P.P., razón por la cual, a pesar de que la decisión prescriptiva se tome, entre otras circunstancias posibles, en sede del fallo de casación, corre el tiempo de ejecutoria del mismo, para facultar posible la dicha renuncia”.

3. Casación oficiosa

La Sala advierte la concurrencia de una irregularidad que por ser violatoria de las garantías fundamentales debidas al procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, activan la facultad oficiosa de la Corte para controlar la legalidad y constitucionalidad de la sentencia.

En efecto, se observa que en la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox y confirmada por el Tribunal Superior de Cartagena, se impuso al mencionado implicado una pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años, lo cual desborda el límite máximo de 10 años establecido en el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, norma ésta última vigente para la época de ocurrencia de los hechos juzgados y aplicable por ser más favorable.

Ante esa situación y teniendo en cuenta que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, norma que contempla el principio de legalidad de las penas y, por lo mismo, protege la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley,⁷ surge claro que la pena accesoria que se le impuso al procesado lesiona el citado principio de legalidad.

Por lo tanto, la Sala casará oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado y, en consecuencia, disminuirá a diez (10) años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, hoy llamada inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuesta al procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL.

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

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL, por las razones expuestas en la anterior motivación.

2. DECLARAR prescrita la acción penal por los delitos de favorecimiento que vinculan a Israel Hernando Pérez Devia, César Augusto Castro Rodríguez, Diego Echavarría Vélez, Luis Carlos Parra Rodríguez, José Gregorio González Ahumada, Adolfo Parejo Pérez, Félix Alberto Gil Ledesma, Libardo de Jesús Pérez Sosa, Efraín Puerta Villegas, Norbey Ospina Alzate, Sixto Manuel Ruiz Paternina, Álvaro Quezada Emitola, Enrique Rafael Rodríguez Crespo, César Augusto Pertuz Molina, conductas por las cuales se ordena la cesación del procedimiento seguido contra los citados procesados.

3. DECLARAR que la pena principal que deben purgar los procesados Luis Enrique Perea Altamar, Mario Javier Granda Upegui y Julio César Pereira Muñoz es de diez (10) años de prisión por su coautoría en el delito de secuestro simple agravado. A dicho monto se reduce también la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4. ORDENAR la cancelación de las eventuales medidas restrictivas personales y sobre sus bienes, que se hubieren impuesto a los procesados Israel Hernando Pérez Devia, César Augusto Castro Rodríguez, Diego Echavarría Vélez, Luis Carlos Parra Rodríguez, José Gregorio González Ahumada, Adolfo Parejo Pérez, Félix Alberto Gil Ledesma, Libardo de Jesús Pérez Sosa, Efraín Puerta Villegas, Norbey Ospina Alzate, Sixto Manuel Ruiz Paternina, Álvaro Quezada Emitola, Enrique Rafael Rodríguez Crespo y César Augusto Pertuz Molina, por razón de este proceso.

5. CASAR de oficio y parcialmente la sentencia del 11 de febrero de 2008 dictada por el Tribunal Superior de Cartagena, en el sentido de modificar el numeral 1º del fallo de primera instancia para FIJAR al procesado ALEXÁNDER MORENO CARVAJAL una pena de diez (10) años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, según lo discurrido en las anteriores consideraciones.

6. En lo demás el fallo se mantiene incólume.

7. Contra esta decisión no procede recurso alguno, salvo lo dispuesto en el numeral segundo.

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

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Permiso

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Permiso

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Ver, entre otras única 13806, auto junio/98. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; casación 9412 noviembre 5/96 y 9842 octubre 8/97, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

2 . Cfr. Sentencia de la Sala del 18 de septiembre de 1996. Radicación 9996.

3 Sentencia del 25 de febrero de 2004, Radicado 21.587

4 Sentencia del 22 de junio de 2000, radicado 12.297.

5 Sentencia de casación del 26 de noviembre de 2001, radicado No. 10.296.

6 Ver entre otras decisiones, auto del 26 de enero de 2005, radicado No. 22.292.

7 Fallo de casación del 8 de junio de 2005, radicado No. 23.491