

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 239

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil doce.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de Amilkar Rafael Barros Gómez, contra la sentencia dictada el 10 de marzo de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en virtud de la cual lo condenó, junto con Miguel Villarreal Archila, Wilmer Guerrero Ibáñez, Yuri Frecid Rodríguez Saab, Manuel Torregrosa Castro, Rolando Ruiz Charris Polo y Eliécer Franco Bustillo, a la pena de 100 meses de prisión, 8000 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de libertad, por el delito de concierto para delinquir agravado.

ANTECEDENTES

1.- Los hechos materia de juzgamiento fueron declarados por los juzgadores de instancia en la siguiente forma:

“Se refieren a lo acontecido a finales del mes de agosto del año 2002 en la ciudad de Barranquilla, fecha no determinada con exactitud y aproximadamente para el veintitrés

(23) de agosto de dicho año, cuando según los autos arribó a esa ciudad un cargamento considerable de cocaína proveniente del sur del país y estimado en más de dos (2) toneladas, del cual tenían conocimiento personas dedicadas al tráfico de estupefacientes en la costa norte quienes informaron a miembros de la policía del Atlántico pertenecientes al GAULA y la SIJIN, los que se apoderaron de la sustancia cuando ésta llegó a la zona, no la incautaron legalmente sino que negociaron la devolución a sus dueños luego de cobrar una apreciable cantidad de dinero y retuvieron parte del cargamento para venderlo por su cuenta. Lo ocurrido generó una cadena de hechos violentos en la ciudad y especialmente se detectaron los homicidios de ÁNGEL GUILLERMO LEÓN SÁNCHEZ alias 'CHENGUE', ocurrido el dieciséis (16) de septiembre del año en mención y de JAIRO MARTÍNEZ VELÁSQUEZ alias 'EL GORDO', cuyo cadáver fue encontrado tres (3) días después. Los antes mencionados fueron quienes se encargaron de llevar la información a la Policía y participaron de las conductas cometidas por éstos, además de tener la calidad de informantes de la Segunda Brigada del Ejército, situaciones que a la postre fueron la causa para su asesinato. Todo lo anterior se conoció públicamente un año después siendo vinculados policiales para la época de los hechos activos y que se sindicaban de participar en todo lo ocurrido, así como los particulares que ahora son investigados en este expediente, señalados de tener compromiso en los actos investigados y cuya situación jurídica se resolvió en ausencia."

2.- Por estos hechos la Fiscalía 19 de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, el 4 de abril de 2006, dictó resolución de acusación en contra de Manuel Enrique Torregrosa Castro, Amilkar Rafael Barros Gómez, Rolando Ruiz Charris Polo y Eliécer Antonio Franco Bustillo, como coautores de los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con el de tráfico de estupefacientes agravado. A los sindicados Miguel Villareal Archila, Yuri Frecid Rodríguez Saab y Wilmer Ignacio Guerrero Ibáñez, les imputó las mismas conductas y, adicionalmente, la de homicidio agravado en concurso¹.

3.- El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, adelantó la etapa de juzgamiento y con sentencia del 8 de septiembre de 20082 absolvió a los procesados de los distintos cargos que se les atribuyeron.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el fiscal delegado confirmó parcialmente la sentencia. Mantuvo la absolución por los delitos de homicidio agravado y tráfico de estupefacientes y la revocó en relación con el punible de concierto para delinquir agravado, por el cual les impuso a los acusados la pena antes indicada.

4.- El apoderado de Amilkar Rafael Barros Gómez presentó recurso extraordinario de casación, el cual sustentó con la demanda correspondiente admitida mediante auto del 16 de enero de 2012.

DEMANDA DE CASACIÓN

Primer cargo. El actor acusa la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por violación al debido proceso "... que se suscita en la infracción al postulado de motivación en punto de la condena allí proferida en contra del Sr. Amilkar Rafael Barros Gómez, en tanto la motivación de dicho fallo se reporta como incompleta, toda vez que en dicho contexto no se fijó el alcance evaluativo de las pruebas que permitieran sustentar la imputación del tipo subjetivo en la modalidad de dolo ni de la coautoría, en el entendido cierto e irrefutable que los contenidos dogmático estructurales de estas categorías ni siquiera fueron objeto de enunciación y por lo mismo, tampoco de la correspondiente evaluación."

Como normas infringidas cita los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 8, 7 y 170 de la Ley 600 de 2000.

En el contexto del reproche que postula, afirma que el derecho de defensa es de

estirpe constitucional y obliga al dispensador de justicia a proveer sobre las pretensiones que se le plantean, según lo imponen las citadas disposiciones del ordenamiento, de las cuales, además, surge la garantía de contradicción argumentativa.

En su criterio, procede declarar la nulidad de la actuación a partir de la sentencia de segunda instancia dado que se limita a referir de manera genérica los aspectos sustanciales de la conducta punible por la cual se condena al señor Barros Gómez.

El fallo cuestionado, asegura, no ofrece los argumentos relacionados con la valoración de las pruebas que acreditarían la actuación dolosa del procesado o su intención de vulnerar el bien jurídico de la seguridad pública, de manera que estas categorías resultaron presumidas por el Tribunal, por lo que desconoció el deber de "... corroborar o desestimar la concurrencia de estos elementos integradores del tipo subjetivo en su expresión del dolo, a efectos que como resultado de una motivación completa y suficiente, de cara a estos aspectos, concluya su atribución o desestimación y, en esa perspectiva de análisis probatorio, en el objetivo de posibilitar las actividades de impugnación y de contradicción inherentes al derecho de defensa."

Solicita, en suma, casar parcialmente la sentencia y que se declare la nulidad del fallo respecto de la condena dictada en contra del señor Barros Gómez, por el delito de concierto para delinquir.

Segundo cargo. Con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el actor acusa la sentencia de violar en forma indirecta la ley sustancial, mediante errores de identidad y de existencia, que condujeron a la indebida aplicación del artículo 340 del Código Penal y a la falta de aplicación del artículo 7-2 del Código de Procedimiento Penal, referido al principio de presunción de inocencia.

El falso juicio de identidad, afirma, afecta las declaraciones del General (R) Gabriel Ramón

Díaz Ortiz, Leonardo Romero Osorio, Jaime Alberto Charris y de la ex Ministra Martha Lucía Ramírez, dado que ninguno de ellos en sus testimonios señaló al procesado Barros Gómez como integrante del grupo delincuencia, relacionado con el tipo penal que se le imputa.

El error de existencia surge de la omisión del sentenciador de valorar los medios de convicción que revelaban la inocencia del acusado, esto es, la prueba trasladada del sumario 62417, en el cual, asegura, mediante resolución del 17 de enero de 2002, la fiscalía precluyó la investigación que le adelantaba por el delito de narcotráfico, entonces, se comprueba que el procesado no tiene relación con actividades de narcotráfico.

En ausencia de los errores indicados, concluye, la sentencia habría sido absolutoria, habida consideración que los restantes medios probatorios resultan insuficientes para sustentar la condena impugnada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Frente al primer cargo (nulidad) el Ministerio Público recuerda la importancia y el significado de la motivación de las decisiones judiciales, como elemento imprescindible del derecho fundamental al debido proceso, en tanto deben ser transparentes, lógicas y sustentadas racionalmente sobre la adecuada apreciación de las pruebas y la correcta hermenéutica de las normas jurídicas, requisitos que aseguran la vigencia de los principios de publicidad y contradicción. Además, recuerda los vicios de motivación identificados por la jurisprudencia de la Corte, que pueden generar la nulidad del proceso.

Con base en estos presupuestos señala que el recurrente en este caso, se limita a decir simplemente que la sentencia del Tribunal es un ejemplo de inmotivación, toda vez que sus argumentos siguen la línea del menor esfuerzo, afirmación que resulta insuficiente para demostrar el error que denuncia, cuando se hace indispensable que el interesado indique con precisión la carencia absoluta o parcial de razonamiento, ya que la irregularidad

constitutiva de nulidad sólo se configura en el evento de acreditarse que la decisión carece en absoluto de sustentación o que las razones aducidas no consiguen explicar su fundamento.

En su criterio, “No corresponde a la realidad que la sentencia recurrida haya omitido elementos esenciales que impidan entender como acreditado el actuar doloso de Amilkar Rafael Barros Gómez, toda vez que ningún obstáculo representa para las partes en orden a conocer o controvertir las razones que llevaron al fallador a adoptar su decisión, el que no se hubieren utilizado expresiones concretas para identificar en el análisis probatorio la demostración plena de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad concurrentes en el comportamiento del sindicado.”

Las manifestaciones genéricas del demandante, agrega, no son suficientes para demostrar la existencia de algún defecto de motivación, pues no consiguen evidenciar que la decisión carezca de argumentos o que estos fueron ilógicos, irracionales o fundamentados en explicaciones no atendibles jurídicamente o, en suma, que la providencia tenga como sustento la voluntad o el capricho del sentenciador. En realidad, el demandante antepone su personal interpretación de las pruebas a las ofrecidas por el Tribunal, en cuanto se relaciona con el elemento subjetivo del delito, de manera que la censura quedó sin demostración alguna que permita su prosperidad.

El juez de segundo grado – concluye el Ministerio Público – “motivó la sentencia condenatoria emitida y el hecho de no compartir el criterio del juzgador en relación con determinados aspectos, en manera alguna puede constituirse en circunstancia para fundamentar un reproche en casación por ausencia de motivación, o para argumentar que la aducida es deficiente o anfibológica, al extremo de no permitir a los sujetos procesales percibir los fundamentos y alcances del pronunciamiento”, de manera que el cargo no está llamado a prosperar.

En cuanto tiene que ver con el segundo reproche (violación indirecta de la ley), el Procurador Delegado considera que la censura no consigue derribar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia impugnada, en tanto no llega a la demostración de un error in iudicando o in procedendo, con trascendencia suficiente para derivar en la ilegalidad del fallo o en su ineficacia jurídica.

Del análisis integral de la sentencia cuestionada "... se observa que la argumentación relativa al señalamiento que hacen los declarantes General Gabriel Ramón Díaz Ortiz, Leonel Romero Osorio, Jaime Alberto Charris y la ex ministra Martha Lucía Ramírez, en verdad se encaminan a dar cuenta de las actividades adelantadas por el grupo delictivo, mientras que la participación de Amilkar Rafael Barros Gómez obedece al señalamiento efectuado por Jaime Alberto Charris del sujeto identificado como alias 'Totí', quien de acuerdo con los registros de inteligencia correspondía al nombre de Amilkar Rafael Barros Gómez."

En esa medida, agrega el Ministerio Público, no existe tergiversación de las manifestaciones de los declarantes referidos, sino el análisis diferente de esos medios probatorios que el censor pretende oponer al del sentenciador, facultado como se encuentra para otorgar mayor o menor credibilidad a un determinado medio de prueba, siempre que en esa labor se ciña a las reglas de la sana crítica, en manera alguna desconocidas en esta oportunidad pues las conclusiones del sentenciador, con base en las pruebas de la actuación, resultan lógicas, coherentes y materialmente veraces, de acuerdo con la manera en que se verificaron los hechos.

De esa manera, concluye, el falso juicio de identidad que se denuncia en el cargo, no está llamada a prosperar, ya que su desarrollo no es más que la presentación de opiniones aisladas que el recurrente pretende oponer a la valoración probatoria del juzgador.

Y, en lo que se relaciona con el falso juicio de existencia por omisión, al cual alude igualmente el cargo, por haber omitido el Tribunal el análisis de diversos medios de convicción, considera que el recurrente limitó el ataque a mencionar las pruebas ignoradas, sin desarrollar la cesura, toda vez que no se empleó en acreditar los hechos susceptibles de demostrar con esas pruebas ni la manera como podían modificar las conclusiones del fallo recurrido.

Contrario al pensamiento del demandante, finaliza, el análisis en conjunto de los elementos de juicio obrantes en las diligencias "... lejos de permitir una interferencia encaminada a acreditar que el procesado no participó en la delincuencia investigada, lo que en verdad evidencia es que tanto su participación como su responsabilidad se encuentran plenamente acreditados en la actuación, motivo por el cual debe concluirse que la valoración probatoria de las instancias (sic) en manera alguna se opone a las orientaciones de la sana crítica, ni se fundamenta en el examen distorsionado de las pruebas, como tampoco obedece a que se hubiera ignorado por completo una determinada prueba que obre materialmente en el proceso."

En conclusión, el Ministerio Público solicita a la Corte desestimar los cargos de la demanda y no casar la sentencia objeto de recurso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo Primero. El actor denuncia con base en la causal tercera de casación, de las contenidas en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal (L. 600/00), que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento del debido proceso, en su vertiente del derecho de defensa, dada la deficiente o incompleta motivación alusiva al alcance valorativo de las pruebas que permiten sustentar la imputación del tipo subjetivo y la coautoría que se le atribuye al procesado en el delito de concierto para delinquir agravado, por el cual fue condenado en segunda instancia por el

Tribunal.

Sobre esta temática, la Corte ha sido persistente en sostener que, la motivación de las decisiones judiciales constituye un elemento esencial de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa³. A la vez que una prerrogativa de los ciudadanos, se trata de un deber inherente a un Estado Social y Democrático de Derecho, pues con él se controla la arbitrariedad judicial.

De igual modo, la Corte ha puntualizado que la exigencia impuesta a los sujetos procesales de sustentar los recursos, se correlaciona con la obligación de los funcionarios judiciales de motivar sus decisiones, pues sólo mediante la satisfacción de ese deber funcional se brinda a las partes la posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de contradicción.

Es así como el derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad.

El ejercicio cabal del derecho de contradicción, demanda del funcionario judicial la motivación de sus decisiones, pues solo de ese modo puede dar a conocer los argumentos que las sustentan (fácticos, probatorios y jurídicos), ofreciendo así un panorama claro que permite al sujeto afectado abordar la labor de contradicción que considere pertinente, controvirtiendo las pruebas que le sirvieron de soporte a la providencia, allegando nuevos elementos de juicio que las desvirtúen o, haciendo las propuestas jurídicas que estime convenientes.

La garantía (de las partes e intervinientes procesales) deber (del Estado a través de los funcionarios judiciales), de la motivación de las decisiones judiciales, en el plano

normativo se encuentra regulada por el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, el cual impone al juez el deber de hacer referencia a los hechos y asuntos esgrimidos por los sujetos procesales; de igual modo por los artículos 3° de la Ley 600 de 2000 que a nivel de norma rectora les impone el deber de motivar las determinaciones que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales, mandato que reiteran los artículos 170 y 171 Ib., al establecer que la confección de las sentencias y de las decisiones interlocutorias, debe contener la fundamentación suficiente junto con la mención de los recursos a través de los cuales puedan ser controvertidas. Por último, los artículos 10, 12, 161 y 162 de la Ley 906 de 2004, también establecen que las providencias judiciales no pueden ser una simple sumatoria arbitraria de motivos y argumentos, sino que requiere una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales.

El delito de concierto para delinquir – tiene dicho la Corte –⁴ se estructura cuando varias personas se asocian con el fin de cometer ilícitos, bien de carácter homogéneo, en cuyo caso los asociados se unen para perpetrar un determinado tipo de ilícitos, verbigracia, únicamente homicidios, únicamente hurtos o únicamente tráfico de narcóticos; o de carácter heterogéneo, cuando el acuerdo tiene por objeto ejecutar cualquier tipo de delitos, sin importar su naturaleza.

Condición esencial para la configuración de esta especie delictiva es, por tanto, la creación de una asociación u organización para violar la ley penal, estructura que presupone, a su vez, la confluencia de varios elementos, (i) un número plural de personas, (ii) un acuerdo de voluntades que convoque a los asociados alrededor del mismo fin, y (iii) la proyección de la organización en el tiempo con carácter de permanencia.

Estas particularidades de la conducta típica han hecho que la doctrina y la jurisprudencia definan el concierto para delinquir como un delito de sujeto activo

plural, de carácter autónomo y conducta permanente, en virtud de que, (i) sólo puede ser realizada por un número plural de personas, (ii) se consume por el sólo hecho de la pertenencia a la organización, con independencia de los delitos cometidos en desarrollo de su objetivo, y (iii) existe mientras perdure el pacto.⁵

La pertenencia a la organización define la tipicidad de la conducta. Basta probar que la persona pertenece o perteneció a la agrupación criminal para que la acción delictiva pueda serle imputada⁶, sin que importe, para estos concretos fines, si su incorporación se realizó a partir de la creación de la sociedad criminal, o desde un momento posterior, ni el rol que haya desempeñado o podido desempeñar en el cumplimiento de sus designios criminales.

En términos de la jurisprudencia constitucional, se trata de un delito que se consume con el solo acuerdo de voluntades de quienes conforman la organización, en el cual sus partícipes son castigados “por el solo hecho de participar en la asociación”; de un delito autónomo que como tal no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos para que se entienda materializado, lo que se explica en la medida en que se entiende que el peligro para la colectividad surge desde el mismo instante en que se conforma la organización delictiva, desde el momento en que hay concierto entre sus miembros para transgredir su ordenamiento, luego su represión por parte del Estado deberá, en lo posible, anticiparse a la comisión de otros delitos⁷.

De cara a estos postulados, le asiste razón al Ministerio Público al señalar que el recurrente no demostró la existencia de defectos de motivación capaces de afectar la legalidad y vigencia del fallo recurrido, pues a pesar de la extensa exposición que desarrolla y de las citas jurisprudenciales y de doctrina en las que se apoya, sus manifestaciones resultan genéricas, de carácter teórico y reiterativas en la afirmación de haber omitido el Tribunal el análisis y valoración del tipo subjetivo y de la coautoría que se le atribuye al

procesado en el punible de concierto para delinquir.

Cuestionamientos que propone, además, sin reparar el contenido de la sentencia, con lo cual de paso desconoce que la propuesta en casación de la falta de motivación o motivación incompleta, debe tratar aspectos sustanciales del fallo, providencia que por su naturaleza y condición contiene un juicio sobre los hechos y el derecho.

El juicio de hecho consiste en la fijación del aspecto fáctico que llega a través de las conclusiones que se elaboran luego de la apreciación individual y mancomunada de los medios de convicción y con estricto apego a los postulados de la sana crítica, sistema de apreciación que impone el deber que el juzgador determine el valor (positivo o negativo) que les ha asignado.

Por su parte, el juicio de derecho hace referencia a la valoración normativa para seleccionar la disposición jurídica llamada a gobernar el asunto. Así, la determinación del precepto sustancial a aplicar debe partir del hecho demostrado en el proceso, pues es la guía para la elección del precepto, mediante operaciones de individualización y de interpretación, es decir, la concreción jurídica que se procura adaptar a la norma y el contenido y el alcance de la descripción típica del injusto⁸

Sobre el particular, la sentencia recurrida luego del análisis de responsabilidad de los procesados en los delitos de homicidio agravado y tráfico de estupefacientes, se refirió al único delito por el cual finalmente los condenó.

En esa labor, comenzó por citar la norma que tipifica la conducta punible de concierto para delinquir agravado (art. 340-2 CP.), del cual señaló que “al analizar detenidamente el contenido de las pruebas del proceso, se observa que contiene información suficiente sobre la existencia de una organización permanente que tenía como norte cometer indeterminados delitos”

De esa manera, hizo expresa mención de las declaraciones del Coronel (R) Gabriel Ramón Díaz Ortiz, Leonel Romero Osorio, Jaime Alberto Pérez Charris y de la ex ministra Martha Lucía Ramírez, testimonios que "... nos sirven de soporte para tener como probado el delito de concierto para delinquir, ya que todos ellos son congruentes entre sí para señalar la existencia de la organización criminal a la cual pertenecen los procesados... Que no haya prueba de que los acusados cometieron los homicidios y la operación concreta de transporte de alcaloide pluricitada, no contradice el hecho de que pertenecieran a una agrupación que tenía entre sus finalidades, entre otros, realizar homicidios y otros delitos en forma indiscriminada."

Y, puntualizó:

"En este proceso no se puede negar que los procesados formaron parte y configuraron una de las varias agrupaciones delictivas que se concertaron para organizar grupos armados al margen de la ley, como se dice textualmente en el pliego de cargos, de cuya existencia dan cuenta [los testigos referidos], cuyas informaciones resistieron los numerosos análisis por parte de los señores defensores, en cuanto a este tipo de imputación se refiere... en el caso de esta figura penal lo relevante no es la incautación de un gramo o una tonelada de cocaína u otro estupefaciente... El tipo solamente exige que varias personas se concierten con el fin de cometer delitos. Lo que sucede es que cuando se trata de ciertos proyectos delictivos el legislador hace previsiones penológicas diferentes y más drásticas."

De esa manera, si se tiene en cuenta que el Tribunal en las motivaciones del fallo recurrido, aludió claramente a la existencia de una organización relacionada con grupos al margen de la ley, destinada a la ejecución de diversos delitos, cuya vigencia era indefinida, y que a ella pertenecían todos y cada uno de los procesados, conforme lo dedujo de las pruebas que, según su criterio, demostraban tales asertos, no resulta plausible concluir que la decisión recurrida carece de motivación, o que es insuficiente e

indescifrable su argumentación, tanto que resultaría imposible cuestionarla a través de los recursos diseñados para el ejercicio del derecho de contradicción.

Las consideraciones del Tribunal se soportan en las pruebas de la actuación y en los hechos que acreditan tales medios de convicción. En esa medida, la decisión cumple los estándares mínimos de motivación por cuanto determina claramente unos hechos (la conformación por parte de los procesados de un grupo destinado a realizar plurales e indeterminados delitos), que adecua a la disposición legal que recoge ese supuesto fáctico y señala la consecuencia jurídica previamente definida en la ley.

Obviamente, como lo precisa el Ministerio Público, “Establecer la voluntad exacta del autor del delito, no es tarea fácil de abordar al momento de emitir la decisión, en razón a que no es factible su aceptación llana y simple, por lo cual es necesario acudir a la valoración en conjunto de los diversos medios de prueba para desentrañar la intención del procesado al momento de realizar la conducta, de donde resulta inadmisibile la posición del libelista según la cual la intención de su representado no se acreditó debidamente, con la pretensión de condicionar el reconocimiento o negación de los motivos que determinaron la ejecución de la conducta delictiva, exclusivamente a la versión exculpativa, prescindiendo de las otras pruebas obrantes en las diligencias”, error que también cobija a la supuesta falta de motivación en relación con la coautoría que se predica del procesado Amilkar Rafael Barros Gomez.

En esas condiciones, se impone la improcedencia de la censura.

Cargo segundo. Refiere el recurrente en este reproche la violación indirecta de la ley sustancial, por la aplicación indebida del artículo 340 del Código Penal y la consecuente falta de aplicación del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, que consagra el principio de in dubio pro reo, como consecuencia de errores de hecho por falso juicio de identidad y de existencia por omisión de algunos medios de prueba.

El falso juicio de identidad se estructura cuando el sentenciador, al apreciar la prueba, distorsiona su contenido fáctico para hacerle decir lo que ella no expresa, en cuanto la cercena, adiciona o tergiversa. Su demostración implica elaborar un cotejo objetivo de lo dicho en el medio probatorio y lo asumido en el fallo, referir el aparte omitido o añadido a la prueba, los efectos producidos a partir de ello y, lo más importante, establecer la trascendencia del yerro en la parte resolutive de la sentencia atacada.

El falso juicio de existencia, por su parte, se presenta cuando la prueba pese a obrar en el diligenciamiento no fue valorada (falso juicio de existencia por omisión), o porque sin figurar en la actuación, el sentenciador supuso su presencia y la tuvo en cuenta en su decisión (falso juicio de existencia por suposición). En el primer caso, el recurrente debe indicar la prueba no valorada, cuál es la información objetivamente suministrada, el mérito demostrativo que le corresponde y cómo su estimación conjunta con el resto de elementos del acervo probatorio conduce a trastocar las conclusiones del fallo censurado. En el segundo evento, tiene a cargo identificar el aparte declarado en el fallo carente de soporte demostrativo en la actuación, y precisar su inferencia en el sentido de la decisión, esto es, que al marginar tal suposición, la sentencia devine diversa y beneficiosa a los intereses del procesado.

En orden a demostrar el cargo el recurrente transcribe los apartes de la sentencia en los que el Tribunal analiza lo relacionado con el punible de concierto para delinquir y puntualiza que las pruebas sobre las que recae el error de hecho por falso juicio de identidad, corresponden a las declaraciones del General (R) Gabriel Ramón Díaz Ortiz, Leonel Romero Osorio, Jaime Alberto Pérez Charris y Martha Lucia Ramírez, “pues es indudable que en sus contenidos materiales no se hace alusión a ninguna conducta del Sr. Amilkar Rafael Barros Gómez.”

El General Díaz Ortiz, acota, rindió declaración el 10 de junio de 2003, el día 26 siguiente y el 1º de marzo de 2004 “... y en estas extensas diligencias claramente se

observa que no se refirió a alguna conducta desplegada por mi defendido al punto que ni siquiera mencionó su nombre.”

Por su parte, agrega, Leonel Alberto Romero Osorio, fue escuchado en declaración el 29 de enero de 2003, en indagatoria el 23 y 25 de septiembre de 2003 y el 26 de febrero de 2004; “.... de la lectura de estas diligencias diáfano resulta que en dicho contexto no aludió a alguna conducta desarrollada por mi defendido, al extremo que como sucede con el anterior testimonio, esta persona ni siquiera se refirió a su nombre.”

De igual modo, continúa, la doctora Martha Lucía Ramírez rindió testimonio el 21 de junio de 2004, además, en su condición de Ministra de Defensa le solicitó al Fiscal General de la Nación, información acerca del estado de la investigación el 20 de junio de 2003 “... y es inobjetable que en esas actuaciones no plasmó ninguna referencia en relación con la conducta del Sr. Amilkar Rafael Barros Gómez, en el entendido de que ni siquiera mencionó su nombre, tal como acontece con las dos pruebas que anteceden.”

En consecuencia, afirma, como del contenido literal de esas pruebas emerge que los testigos relatan diversos hechos relacionados con el proceso y describen el comportamiento de varias personas, dentro de las cuales no figura el procesado en mención, “... es indudable que el ad-quem incurrió en errores de hecho por falso juicio de identidad al momento de evaluar estas pruebas, toda vez que en lo concerniente a la conducta del Sr. Amilkar Rafael Barros Gómez, obviamente tergiversó el contenido material de este quantum probatorio y le hizo producir efectos de condena que no se derivan de su verdadera contexto; se insiste, esto en relación con mi defendido.”

En ninguno de los segmentos del relato vertido por estos declarantes, agrega el censor, surge la más mínima mención acerca de conductas desplegadas por el procesado, de modo que el sentenciador puso a decir a esos medios de prueba lo que su contenido no expresa.

Las genéricas afirmaciones del Tribunal en el sentido que los procesados, incluido el señor Barros Gómez, por conformar y participar de las actividades de un grupo ilegal, incurrieron en el punible de concierto para delinquir agravado, no corresponden con el texto de las declaraciones de los testigos Gabriel Ramón Díaz Ortiz, Leonel Alberto Romero Osorio y Martha Lucía Ramírez, radicando aquí el error de identidad alegado.

El yerro, señala el censor, afecta igualmente el testimonio de Jaime Alberto Pérez Charris, el cual se recaudó en las diligencias del 7 de julio, 27 de agosto, 2, 4, 5, 10 y 12 de septiembre, 13, 14, 19 y 24 de noviembre de 2003 y, sostiene el demandante, en ninguno de estos extensos interrogatorios se refirió a la conducta del señor Amilkar Rafael Barros Gómez.

Y, puntualiza: "... nótese cómo en la declaración del 2 de septiembre de 2003, Jaime Alberto Pérez Charris aludió a una persona con el alias de 'Toti', señalando que el sujeto con el alias de 'Salomón' desarrollaba actividades de narcotráfico con dicho sujeto y con alias 'Chang'; además manifestó que alias 'Toti' no andaba con ellos en la misma camioneta Hilux a la que se refiere, pero que se reunían en un parqueadero de propiedad de este individuo localizado en el barrio limoncito; también dijo que había conocido a alias 'Toti' porque tiene tres fincas en la zona donde él trabajaba en Baranoa y Campeche; adujo que en esas reuniones en el citado parqueadero, él le preguntaba a alias 'Nacho' que quién era alias 'Toti', y este le decía que era el capo, pero manifiesta que no sabía qué hacía; del mismo modo a la pregunta de la fiscalía acerca de si tiene conocimiento en torno de la función que cumplía o cumple este señor, contestó: 'lo que se dice es que él es transportador, pero a mí no me consta eso, no tengo una prueba para demostrar eso. Lo sé pero no lo puedo demostrar', y por último señaló que ha escuchado que esta persona es transportador."

El recurrente asegura que esta declaración resulta imprecisa y que el sentenciador cercenó la prueba al pasar por alto las aludidas imprecisiones, error a partir del

cual "... determinó que con base en ese testimonio y en los restantes elementos de prueba referidos en precedencia, se lograba establecer la estructuración del delito de concierto para delinquir agravado respecto de todos los procesados, entre los que obviamente se cuenta al Sr. Amilkar Rafael Barros Gómez y, acorde con esa conclusión de responsabilidad, profirió en su contra fallo de índole condenatorio."

Verificado el contenido de las pruebas enunciadas por el actor, se tiene, en efecto, que en los testimonios rendidos por el General (R) Gabriel Ramón Díaz Ortiz⁹, Leonel Alberto Romero Osorio¹⁰ (Subcomisario adscrito al Gaula de Barranquilla), y la ex Ministra de Defensa Martha Lucía Ramírez¹¹, no se menciona de manera expresa el nombre del procesado Amilkar Rafael Barros Gómez, como autor de alguna ilicitud específica. Sin embargo, ello no conduce a afirmar que el Tribunal alteró el contexto de los testimonios para hacerles decir algo diferente a lo que informaron esos declarantes, pues como acertadamente lo indica el Ministerio Público en el concepto, sus exposiciones están encaminadas a informar sobre el conocimiento que tuvieron de las actividades ilícitas desarrolladas por algunos efectivos de la policía de Barranquilla, quienes en asocio con varios civiles, estaban concertados para ejecutar diversas conductas punibles, suceso del cual tuvieron conocimiento cuando surgió a la luz pública el operativo ilegal realizado por uniformados del Gaula y la Sijín, cuando incautaron y devolvieron, a cambio de una millonaria suma, más de dos toneladas de cocaína, remitida por el cartel del norte del Valle, para ser exportada desde el caribe colombiano probablemente a los Estados Unidos.

El conocimiento que estos declarantes tenían acerca de la existencia de un grupo dedicado a desarrollar actividades ilícitas, es el contenido que destaca el Tribunal en la sentencia, y no corresponde a la realidad que con esos testimonios el sentenciador también hubiere demostrado que uno de los concertados era, precisamente, el procesado Barros Gómez.

El error denunciado tampoco se advierte en la declaración del testigo Jaime Alberto Pérez Charris¹², quien relaciona de manera directa al procesado Amilkar Rafael Barros Gómez con la ilícita asociación, dedicada a ejecutar conductas relacionadas con el narcotráfico.

El testigo militó en las Auto Defensas Unidas de Colombia en Barranquilla. Con su conocimiento narró en una amplia y pormenorizada declaración, las actividades ilícitas que cumplía ese grupo y refirió las diversas personas que de una u otra forma servían a los intereses de las AUC. Fue así como relató que en el desarrollo de esas actividades, se desempeñó como comandante financiero y segundo comandante militar en Baranoa¹³ y también que trabajó en Barranquilla para alias “Salomón” (Miguel Villareal Archilla), quien era el encargado de todos los asuntos relacionados con el narcotráfico para la organización en esa ciudad, es decir, cobro de cuentas de narcotráfico, pago de fletes y, en general, era el responsable de que no le pasara nada a la droga mientras estuviera en la zona comprendida entre Barranquilla y Cartagena.

De igual modo, señaló a “Chang” (Manuel Torregrosa Castro) y a “Toti” (Amilkar Rafael Barros Gómez), como las personas que de manera directa y cercana le colaboraban a “Salomón” en el manejo de los asuntos de narcotráfico, y que se reunían con frecuencia en un establecimiento de lavado de vehículos, del cual era propietario el referido “Toti”.

Siendo en esencia ese el contenido de la declaración del testigo Pérez Charris, la Corte conviene con el Ministerio Público que no existe la tergiversación alegada, sino el propósito del actor de proponer un examen diferente de las pruebas en contraposición al efectuado por el Tribunal, labor en la que, además, rehúsa referir otros medios de convicción que refuerzan lo dicho por el testigo, como el informe de inteligencia del DAS, que relaciona a Amilkar Rafael Barros Gómez, identificado con la cédula No. 17'808.228, residente en la calle 94 No. 52 B 20, como alias “Toti”, quien, al parecer, se identificaba también con el nombre de Andrés Higin, con el fin de ingresar al país sin

ser detectado¹⁴; la declaración juramentada del Capitán de la Policía Néstor Enrique Mestre Ponce, según la cual, en el cumplimiento de sus funciones, tuvo información de que el citado Barros Gómez, también conocido como “Toti Barros”, delinquía con Manuel Enrique Torregrosa Castro, alias Chang¹⁵; o el testimonio de Luis Alfonso León Sánchez, testigo que lo identifica igualmente como alias “Toti”, paramilitar que se encargaba de enviar droga a Haití y de ese país hasta Miami, y que trabajaba, además, con Torregrosa Castro, alias “Chang”, por último, lo señala de ser la persona que financió la muerte de su hermano Ángel Guillermo León Sánchez¹⁶

Por otra parte, el censor alega que el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba trasladada del sumario 62417, en el cual la fiscalía resolvió precluir la investigación que le seguía a Barros Gómez por un evento típico de narcotráfico. Sin embargo, tampoco acredita la trascendencia del error, y como ninguna descubre la Corte en la medida que las pruebas trasladadas hacen relación con una conducta diferente a la analizada, debe, entonces, concluirse que el cargo segundo de la demanda, resulta igualmente ineficaz para derribar el acierto y la legalidad de la sentencia, en tanto no se demuestra que el Tribunal de manera mediata haya transgredido la ley por aplicación indebida del tipo penal que tipifica y reprime la conducta punible de concierto para delinquir agravado, e inaplicado el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, cuando no afloran dudas insalvables acerca de la materialidad de la conducta y de la responsabilidad de Amilkar Rafael Barros Gómez.

El cargo no prospera.

Casación Oficiosa. Por encima del principio de limitación que regula el recurso extraordinario de casación e impide tener en cuenta causales diversas a las alegadas expresamente por el demandante, se ubica el deber de la Corte de hacer efectivos los derechos fundamentales cuando advierta su desconocimiento en las instancias, evento en el cual, para corregirlos, puede casar la sentencia y adoptar las

determinaciones que la enmienda requiera.

En esta especie, la Corte advierte que al momento de individualizar la sanción correspondiente a los procesados, el Tribunal delimitó los extremos punitivos de la conducta punible en la forma como se determinó en la resolución de acusación, es decir, concierto para delinquir agravado, conminado con prisión de 6 a 12 años (72 a 144 meses) y multa de 2000 a 20000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme la norma vigente al momento de los hechos.

Seguidamente, el sentenciador dividió el ámbito punitivo de movilidad en los cuartos que determina el artículo 61 del Código Penal y fijó la sanción de la siguiente forma:

“Partiendo de lo anterior se opta por imponerle a los señores MIGUEL VILLARREAL ARCHILA, WILLMER GUERRERO IBÁÑEZ, YURI FRECID RODRÍGUEZ SAAB, MANUEL TORREGROSA CASTRO, AMILKAR RAFAEL BARROS GÓMEZ, ROLANDO RUIZ CHARRIS POLO y ELIÉCER FRANCO BUSTILLO la pena de cien meses de prisión, ya que la Sala se ubica en el primer cuarto medio al concurrir la circunstancia de agravación descrita en el inciso segundo del art. 340 de la Ley 599 de dos mil, y de atenuación punitiva, como lo es la carencia de antecedentes penales, de modo que además será el mismo término de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas... en cuanto a la multa esta Colegiatura también se ubica en el primer cuarto medio y le impone como sanción a cada uno de los procesados el pago de la cantidad de ocho mil salarios mínimos legales mensuales vigentes...”

La norma en que se apoya el Tribunal prevé que el sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes o agravantes o si sólo concurren circunstancias de atenuación punitiva; dentro de los cuartos medios si coetáneamente obran motivos de atenuación y agravación; y en el cuarto máximo cuando concurren únicamente causales de agravación punitiva.

Debe insistir la Corte que las aludidas circunstancias de mayor punibilidad, son las previstas por el artículo 58 del Código Penal, siempre que hayan sido debidamente imputadas en la acusación, no las específicas que para cada delito señaló el legislador, las cuales ya fueron consideradas por el juez al momento de determinar el mínimo y el máximo de la pena, previo a establecer, en cuartos, el ámbito de movilidad en el que fijará la sanción.

El procedimiento empleado por el Tribunal desconoce, entonces, la prohibición del non bis in ídem, pues sanciona por partida doble unos mismos hechos, primero, al considerarlos como causal específica de agravación de la pena y fijar sus extremos y, segundo, como motivo genérico de mayor sanción a efectos de establecer el cuarto dentro del cual fijaría la pena.

De esa manera, se procederá a enmendar el efecto nocivo de la aplicación de la causal específica de agravación de la conducta atribuida a los procesados, fijando la pena dentro del cuarto mínimo indicado por el Tribunal, es decir, entre 72 y 90 meses de prisión y 2000 a 6500 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Respetando el procedimiento de individualización empleado en la instancia y realizadas las operaciones matemáticas correspondientes, se impondrá a los procesados como pena definitiva 82 meses de prisión y multa de 3500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.¹⁷

Esta modificación de la pena no afecta las consideraciones que tuvo en cuenta el sentenciador para negar los mecanismos sustitutivos de la pena, los cuales se mantendrán inalterables.

Por las razones consignadas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. No casar la sentencia de segunda instancia del 10 de marzo de 2011, dictada por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Barranquilla, por los cargos propuestos en la demanda.

2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo indicado en el sentido de condenar a los procesados Miguel Villarreal Archila, Wilmer Guerrero Ibáñez, Yuri Frecid Rodríguez Saab, Manuel Torregrosa Castro, Amilkar Rafael Barros Gómez, Rolando Ruiz Charris Polo y Eliécer Franco Bustillo, a la pena principal de 82 meses de prisión y multa de 3500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el mismo término de la pena privativa de la libertad, se les condena a la accesoria de inhabilitación de derechos y de funciones públicas.

La demás determinaciones de la sentencia recurrida permanecerán incólumes.

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fols. 51 a 74 C. No. 22. Esta decisión cobró ejecutoria el 18 de julio de 2006, según la constancia correspondiente visible a folio 182 lb.

2 Fols. 52 a 82 C. No. 25

3 Entre otras ver providencias 35029 del 17-11-10, 32018 del 02-02-11 y 32173 del 23-05-12

4 Ver casación del 22-07-09 Rad. 27852

5 Cfr. C.S.J. Única instancia 17089, 25 de junio de 2002. Casación 19712, septiembre 23 de 2003. Extradición 22626, junio 22 de 2005. Casación 28362, julio 15 de 2008, entre otras.

6 Se trata de un delito de mera conducta que se consuma por el sólo acuerdo de conformar una organización con el fin de infringir la ley penal, o por la decisión de integrarse a ella, y que para su imputación resulta suficiente probar que la persona hace parte de su estructura, sin que sea necesario acreditar su intervención en la ejecución de los distintos delitos que la organización lleva a cabo en desarrollo de su plan criminal.

7 C-241/97

8 Decisión del 06-04-06 Rad. 21845

9 C. 1 Fols. 63 a 67, 141 a 153, 157 a 180

10 C. 5 Fols. 79 a 100, 151 a 166 y C. 10 Fols. 153 a 168

11 C. 17 Fols. 33 a 42

12 C. 3 Fols. 229 a 238, 259 a 270 y 272 a 280; C. 4 Fols. 4 a 45 y 161 a 165.

13 Fol. 262 C. 3

14 Fol. 104 y ss C. 13

15 Fol. 186 C. 9

16 Fol. 116 C. 11

17 El Tribunal incrementó el mínimo del segundo cuarto de la pena en 55,5% y de la multa en 33,33%, equivalentes a 10 meses el primero y a 1500 salarios la sanción pecuniaria.