

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado Acta No. 179

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil trece (2013)

ASUNTO

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de Fredy Alberto Bernal Franco contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 7 de junio de 2011, confirmatoria de la emitida en primera instancia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Descongestión el 24 de septiembre de 2010, mediante la cual condenó al procesado a la pena principal de 72 meses de prisión y multa de 5 s.m.l.m. como responsable del delito de concusión.

HECHOS:

Los hechos que puso en conocimiento Francy Janeth Abril Pulido a través de denuncia, tuvieron ocurrencia en horas de la noche del 30 de diciembre de 2004, en el establecimiento “Hostal Las Estrellas” ubicado en la calle 72 No 15-22 de la ciudad de Bogotá.

En esa oportunidad, el subteniente de la Policía Fredy Alberto Bernal Franco, en su

condición de comandante del CAI del Barrio Polo, al mando de un grupo de agentes se presentó en el lugar indicado con miras a desarrollar labores preventivas de identificación, requisita y registro de las personas que había en el sitio.

Al advertir que habitaban en el establecimiento las jóvenes Claudia Lorena López y Yeny Paola Camelo, trabajadoras del lugar, quienes no presentaron la cédula de ciudadanía, elaboró un comparendo, decisión que anunció no ejecutaría a cambio de doscientos mil pesos (\$200.000), que tras exigirlos recibió al día siguiente.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación preliminar fue originalmente avocada por el Juzgado 147 de Instrucción Penal Militar de Bogotá, aportándose copias de la actuación disciplinaria seguida en contra del policial Bernal Franco¹.

Una vez escuchados los testimonios del Capitán Gilberto Pulido Gómez², Patrullero Alexander Rojas García³ y Agente José William Mendoza Lozano⁴, el 11 de abril de 2005 el Juzgado 141 de Instrucción Penal Militar⁵, dispuso apertura instructiva, aportándose entonces las declaraciones del Subteniente Oscar Andrés Rivera Rojas⁶, Francy Janeth Abril Pulido⁷ y Virgelina Ortiz Claro⁸, así como la indagatoria de Fredy Alberto Bernal Franco⁹, a quien no se afectó con medida de aseguramiento al momento de serle resuelta su situación jurídica¹⁰.

Clausurada la investigación, el Ministerio de Defensa Nacional, Fiscalía Penal Militar 143 ante el Juzgado de Primera Instancia adscrito a la Inspección General de Policía Nacional calificó el mérito probatorio y profirió resolución acusatoria por el delito de concusión previsto en el art. 404 del C.P., en decisión confirmada por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior Militar¹¹, el 14 de febrero de 2007.

Remitido el asunto ante el Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva Justicia

Penal Militar, Policía Nacional, Inspección General, como Juzgado de Primera Instancia, tras considerar que los hechos objeto de imputación al Subteniente Bernal Franco no eran actos relacionados con el servicio o perpetrados con ocasión del mismo, toda vez que la exigencia de dinero y su recepción se produjeron y continuaron aún después de ya no estar prestando turno, mediante auto del 22 de noviembre de 2007¹², dispuso remitir el asunto ante los jueces penales del circuito en reparto.

Habiéndole correspondido al Juzgado Sexto Penal Del Circuito de Descongestión, una vez tramitada la fase del juicio se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos previamente acotados.

DEMANDA

Un reproche aduce la defensora de Fredy Alberto Bernal Franco contra el fallo impugnado en casación, consistente en haberse proferido dentro de un juicio viciado de nulidad.

Sostiene la censora que los juzgadores violaron normas constitucionales y legales al considerar irrelevante que la investigación se adelantara por la jurisdicción penal militar, dado que todo el proceso debió cumplirse ante la justicia ordinaria por tener una concepción jurídica distinta, con evidente menoscabo del juez natural, la igualdad y las reglas procesales para la investigación y el juzgamiento.

Recuerda que fue el Inspector General de la Policía quien advirtió que el asunto debía ser juzgado por la justicia ordinaria, dado que el proceder del imputado no tenía relación directa con los fines de carácter institucional establecidos en la ley, es decir que se trató de un acto típicamente común, bajo el entendido que la justicia penal militar es de carácter absolutamente excepcional, conforme lo ha señalado la Corte¹³, sin que en su criterio valga la razón del Tribunal para considerar que en ese antecedente se trató de un proceso al que le era aplicable la Ley 906 de 2004 y no la Ley

600 de 2000, conforme sucede en este caso.

Insiste en el argumento según el cual este asunto no fue instruido por el juez natural, con lo cual se produce vulneración del debido proceso, conforme también dice lo ha expuesto esta Corporación.¹⁴

Solicita, así, se case el fallo y declare la nulidad de lo actuado a partir de la propia indagación preliminar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Sentando como premisa la función de los jueces en un Estado de derecho, dentro de la perspectiva de doctrina y jurisprudencia que por entenderla pertinente cita, así como del recurso de casación dentro de ese mismo contexto, recuerda estar proscrita la fijación de competencias judiciales ex post facto, en forma tal que con apego a dichas directrices entiende ab initio que estaría viciada de nulidad la actuación por carecer de competencia los funcionarios que instruyeron este proceso, toda vez que estuvo a cargo de autoridades especiales de la justicia penal militar cuando correspondía a la Fiscalía General de la Nación.

Recuerda que no es uno de esos casos en que por tratarse de aforados correspondiera adelantar la investigación a la justicia penal militar, sin que esté en el arbitrio judicial o de los sujetos actuantes determinar la autoridad que debía conocer de la misma.

Encuentra puestos en razón los motivos que fijaron la competencia en la justicia ordinaria, toda vez que el comportamiento atribuido al procesado no tuvo relación con el servicio que prestaba como oficial de la Policía Nacional, pero ello implicaba, según su criterio, que la justicia penal militar no tenía competencia para instruir, según asegura lo ha definido jurisprudencia diversa de la Corte.

Cita diversas decisiones de esta Sala que asume coadyuvan a la postura jurídica por la cual aboga y que dice involucra la preservación de la garantía fundamental del juez natural, en forma tal que lo actuado en la etapa de investigación dentro de este proceso estaría viciado de nulidad.

Con base en lo anterior, sugiere a la Corte que prosperando el reproche proceda a casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

1. Fijado el criterio de conformidad con el cual la competencia para investigar y juzgar al Subteniente Fredy Alberto Bernal

Franco por los hechos que fueran objeto de imputación, esto es, haber exigido a la administradora del establecimiento “Hostal Las Estrellas” de Bogotá la suma de \$200.000 para no materializar un comparendo, no guardaban relación con el desempeño de las funciones, mediante auto fechado el 22 de noviembre de 2007 el Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar, Policía Nacional, Inspección General como Juez de Primera Instancia, ordenó remitir el expediente a los Juzgados Penales del Circuito en reparto con miras a que tramitaran la fase del juicio.

2. Esta decisión, adoptada con auspicio en doctrina de la Corte que se entendió actualizada a los supuestos del caso, tuvo por entendimiento el criterio de valoración de acuerdo con el cual la conducta imputada al policial Bernal Franco desbordaba en forma evidente el ámbito de actos propios del servicio como gendarme, esto es, que la exigencia de dinero carecía de vínculo alguno con la actividad que como miembro de la Policía Nacional, Comandante del CAI del barrio Polo, ostentaba el sujeto agente.

3. Pacíficamente, tanto el Juez Sexto Penal del Circuito de Descongestión al que hubo de ser repartido el asunto, como el Tribunal Superior, encontraron adecuada a los

presupuestos legales y jurisprudenciales la decisión definidora de la competencia, tramitando la fase del juicio y profiriendo dentro de dicho marco las sentencias en sus dos instancias, sindéresis que también es acogida como certera por la demandante en casación y el Ministerio Público.

4. De ahí que el único cargo presentado en contra de la sentencia proferida dentro de este contexto, estriba precisamente en la oportunidad a partir de la cual entró a conocer de este asunto la justicia ordinaria, toda vez que los actos de instrucción, cierre y calificación de primera y segunda instancia fueron cumplidos por la justicia penal militar (sin competencia para ello según el fundamento del reparo), criterio que es avalado por el Ministerio Público en su concepto de acuerdo con el cual solicita se case por dicho motivo la sentencia recurrida.

5. En contrapartida con los supuestos de este caso, que han propiciado el ataque casacional y que asumen propia de la justicia ordinaria la competencia para la investigación y juzgamiento de los hechos calificados como punibles que se atribuyen al policial imputado, para la Sala la instrucción y conocimiento que de los mismos tuvo inicialmente la justicia penal militar, por corresponderle a esa jurisdicción su conocimiento, era lo correcto, debiendo en ese mismo orden culminarse con las fases de calificación, juzgamiento y emisión de las sentencias por esas mismas autoridades especiales, razón por la cual la solución del caso desde esta perspectiva implica corregir la actuación procesal con un alcance distinto del deprecado en la demanda, dentro del ámbito que imperativamente corresponde a la Corte.

6. En efecto, para dilucidar este tema, la Sala evoca las pautas hermenéuticas fijadas en la sentencia C-358 de 1997 por la Corte Constitucional en orden a contrastar en cada caso si se dan los supuestos determinantes de la competencia que en relación con un hecho corresponde a la justicia ordinaria o la penal militar. Allí se señaló:

“10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor – es decir del servicio – que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

...”

7. Según queda visto, el policial Fredy Alberto Bernal Franco intervino en el establecimiento “Hostal Las Estrellas” de la calle 71 No. 15-22 de esta capital el 30 de diciembre de 2004, en su reconocida condición de Comandante del CAI del Barrio Polo, con miras a desarrollar labores de identificación, requisa y registro y tras advertir que moraban en el lugar dos mujeres, aparentemente menores de edad, anunció la necesidad de hacer un comparendo que conllevaría el cierre del lugar, decisión no ejecutada a cambio de doscientos mil pesos que tras exigirlos, recibió al día siguiente.

Por ello, la actuación original del policía se entiende en principio dirigida a cumplir el propósito de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y funciones públicas, en desarrollo del cometido de materializar los fines tradicionales de seguridad, protección y tranquilidad, conforme lo ha previsto el art. 218 de la Carta Política, que en relación con un establecimiento de las características del destacado, son inherentes al desempeño policial, en forma tal que bien puede sostenerse que medió una proximidad entre su legítima intervención y el delito en que finalmente derivó su conducta (sin que se pueda sostener que desde un principio dicha intervención en el lugar estuviera signada por la realización punible), razón suficiente para considerar que la misma debía ser evaluada en su caracterización delictiva por sus pares y así entonces investigada y juzgada por la Justicia Penal Militar.

8. Así entonces, en este contexto, esto es, bajo el entendido que los hechos objeto de imputación se derivaron de la ejecución de una actividad inherente a su condición de autoridad miembro de la Policía Nacional, luego que los mismos son comprendidos como ejecutados en relación con el servicio, de acuerdo con el art. 2° del Código Penal Militar, la competencia para su investigación y juzgamiento, conforme se advirtió correspondía integralmente a la Justicia Penal Militar.

9. Acorde con lo anterior, la Corte desechará el cargo propuesto y que suponía invalidar lo actuado sobre la base de ser competente la justicia ordinaria para conocer de este

asunto y en su lugar declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto calificado el 22 de noviembre de 2007, en que el Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar, Policía Nacional, Inspección General, como Juzgado de Primera Instancia, dispuso remitir la actuación ante la justicia ordinaria, para que en su lugar se adelante la fase del juicio y provean las sentencias correspondientes.

* * * * *

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

RESUELVE

1. Desestimar el cargo propuesto en la demanda incoada a favor de Fredy Alberto Bernal Franco.
2. CASAR de oficio el fallo impugnado.
3. DECLARAR la nulidad de lo actuado, a partir del auto del 22 de noviembre de 2007, en la forma indicada en las motivaciones de esta decisión.
4. REMITIR el expediente ante el Juez Penal Militar de Primera Instancia.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CASTRO CABALLERO

FERNANDO A.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 fls. 31 a 123

2 fl.129

3 fl.133

4 fl.137

5 fl.140

6 fl.142

7 fls. 165 y 196

8 fl.206

9 fl.217

10 fl.266

11 fl. 38 c.2

12 fl.58 c.2

13 sentencia 29934 de 2010

14 la sentencia 31091 de 2011.