

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

AP 3035-2016

Radicación: 47923

Aprobado Acta N°153

Bogotá, D. C., mayo dieciocho (18) de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS

Decide la Sala la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de Rafael Antonio García Garay y Francisco Ángel Montero Pérez contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2015 por el Tribunal Superior de Sincelejo, por cuyo medio confirmó parcialmente la emitida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, este último que había declarado a ambos autores del delito de concierto para delinquir agravado y, al segundo, además interviniente de los

ilícitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

HECHOS

Fueron consignados en el fallo de segunda instancia, así:

En el año 2002, el antiguo corregimiento de Coveñas, para ese entonces perteneciente al municipio de Tolú en el Departamento de Sucre, adquirió su autonomía. Es así que ese año, el naciente municipio celebró sus primeras elecciones para alcalde y miembros del concejo, siendo elegido como alcalde Pedro Patrón Luna, quien vinculó a la administración a Robert Chávez Pérez, en el cargo de Director Financiero. El nuevo ente territorial a partir de ese momento requirió la realización de una cantidad de obras que en su mayoría fueron pagadas con los recursos de las regalías, lo que despertó el interés del grupo ilegal de las autodefensas, el cual intervino directamente en la contratación del municipio y que logró gracias a que Wilmer Covo, médico de profesión y estandarte político y financiero de la agrupación ilegal liderada por alias «cadena», reclutó para la organización a Robert Chávez Pérez quien en complicidad con toda la administración, facilitó el desvío de enormes cantidades de dinero hacia la organización ilegal.

Dentro de los funcionarios que se prestaron para que los recursos públicos llegaran a manos del grupo armado al margen de la ley, a través de irregulares procesos de contratación, se encuentran Rafael Antonio García Garay ex alcalde municipal y el contratista Francisco Ángel Montero Pérez, entre otros.

ACTUACION PROCESAL

1. Por los hechos antes narrados, en el año 2008 la Fiscalía abrió investigación, llamando a indagatoria a los exalcaldes de Coveñas (Sucre), Pedro Segundo Patrón

Luna y Rafael Antonio García Garay, a los concejales del municipio de los períodos 2003-2005 y 2005-2007 y a varios contratistas, entre ellos, Francisco Ángel Montero Pérez.

Los procesados Rafael Antonio García Garay y Francisco Ángel Montero Pérez fueron declarados personas ausentes, cumplido lo cual, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

2. El ciclo investigativo se clausuró el 27 de julio de 2009 y el 28 de septiembre siguiente se calificó el mérito del sumario en el que se acusó a los procesados Sergio Antonio Tapia Sierra, Carlos Alberto Olivera García, Eladio Antonio Muentes Ávila, Bertilio Manuel Orozco Romero, Manuel Francisco Ríos Revuelta, Obelio Andrés Cárdenas Álvarez, Abel Antonio Toscano Benítez, Francisco Ángel Montero Pérez, Rafael Antonio García Garay, Manuel José Ortiz Jiménez y Duberley Garay Mendoza, como autores del delito de concierto para delinquir agravado, artículo 340, inciso 2º, y a Francisco Ángel Montero Pérez, además, como interviniente de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

En la misma resolución, la Fiscalía precluyó la investigación a favor de Pedro Segundo Patrón Luna a quien se venía investigando como presunto responsable del punible de peculado por apropiación, puesto que frente al concierto para delinquir agravado, éste aceptó su responsabilidad acogiéndose a sentencia anticipada, al igual que Manuel Antonio Barrios Garzón e Iván Darío Romero Suárez.

3. El pliego de cargos fue objeto de recurso de apelación por varios de los procesados, siendo confirmado integralmente por el despacho del Vicefiscal General de la Nación en proveído de 6 de julio de 2010.

4. El juicio fue adelantado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Sincelejo, que el 12 de mayo de 2015, profirió fallo de primera instancia en el que condenó a

Rafael Antonio García Garay y Francisco Ángel Montero Pérez, entre otros sujetos más, como autores del punible de concierto para delinquir agravado, y solo respecto de Montero Pérez se emitió condena, además como interviniente de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interviniente de peculado por apropiación.

A Rafael Antonio García Garay se le impuso la pena de 72 meses de prisión y multa de tres mil salarios mínimos legales mensuales vigentes por su responsabilidad a título de autor en el delito de concierto para delinquir agravado, mientras que a Francisco Ángel Montero Pérez se le irrogó la sanción de 90 meses de prisión y multa de 704.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes como autor del delito de concierto para delinquir agravado, e interviniente de los ilícitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Como pena «accesoria» se impuso a los condenados la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción de prisión.

En cuanto a la libertad se mantuvo el beneficio de libertad provisional al que accedieron los acusados por haber permanecido privados de ella durante un tiempo igual o superior al de la pena impuesta.

5. El fallo de primera instancia fue apelado por la defensa de Rafael Antonio García Garay, Sergio Tapia Sierra, Francisco Montero Pérez, Carlos Alberto Olivero García, Eladio Antonio Muentes Ávila, Bertilio Manuel Orozco Romero, Manuel Francisco Ríos Revueltas, Obelio Andrés Cárdenas Álvarez, Abel Antonio Toscano Benítez y Duberley Garay Mendoza.

Es así que el Tribunal Superior de Sincelejo, en sentencia de 15 de noviembre de 2015, confirmó parcialmente el fallo del a quo, haciendo las siguientes modificaciones:

* Absolvió a Francisco Ángel Montero Pérez del delito de peculado por apropiación por el que se le condenó, derivado del contrato de construcción de letrinas por el monto de \$41.560.780, pero mantuvo la condena por la apropiación del anticipo de un contrato para la canalización de aguas lluvias por valor de \$43.695.913, que se calificó como peculado por apropiación, al igual que una tentativa de peculado de la misma índole en el que se intentó desfalcar al municipio en \$215.000.000 a través de un contrato para la construcción de un colegio.

* Declaró la extinción de la acción penal por prescripción respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por el que había sido condenado en primera instancia Montero Pérez.

* Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal redosificó la sanción, imponiéndole a este acusado la pena de 70 meses de prisión por su responsabilidad en los delitos de peculado por apropiación y concierto para delinquir agravado y en el mismo término la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Frente a la pena pecuniaria no hizo pronunciamiento alguno.

* La pena de multa fue modificada en su monto a favor de los restantes condenados en dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. Contra el fallo de segunda instancia los defensores de Rafael García Garay y Francisco Montero Pérez presentaron demanda de casación.

El defensor de Carlos Alberto Olivera García, Eladio Antonio Muentes Ávila, Bertilio Manuel Orozco Romero, Manuel Francisco Ríos Revueltas, Obelio Andrés Cárdenas Álvarez, Abel Antonio Toscano Benítez y Duberley Garay Mendoza interpuso recurso extraordinario de casación, sin que presentara la respectiva demanda, renunciando al poder antes de vencerse el término fijado en la ley para sustentar el recurso. La renuncia fue aceptada por el Tribunal y comunicada a los procesados, a quienes habiéndoseles enterado de la renuncia de su defensor de confianza, se les designó uno de oficio ante el silencio de éstos.

7. El 17 de marzo de 2016, el apoderado de Francisco Montero Pérez elevó solicitud ante el Tribunal Superior de Sincelejo, encaminada a obtener la extinción de la acción penal por prescripción, frente al punible de peculado por apropiación, la cual fue decretada por el ad quem en proveído de 18 de marzo siguiente, en razón de lo cual redosificó la sanción a favor de este procesado y, le impuso como pena definitiva la de 24 meses de prisión por el punible de concierto para delinquir agravado y en el mismo monto la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

8. El recurso presentado a nombre de García Garay y Montero Pérez fue concedido mediante auto de 6 de abril del año que transcurre, mientras que frente al interpuesto por el defensor de los demás procesados el Tribunal guardó silencio.

LAS DEMANDAS

Libelo presentado a nombre de Rafael Antonio García Garay

El abogado de este acusado por la vía de la causal tercera postula un cargo contra la sentencia del Tribunal de Sincelejo, alegando un error in iudicando, para luego señalar que el error fue in procedendo debido a que las pruebas que fundan la condena contra Rafael Antonio García Garay no pudieron ser controvertidas, por cuanto los testigos nunca comparecieron al juicio a ratificar lo que manifestaron en la fase

investigativa.

Con base en lo anterior, sostiene que los jueces de instancia incurrieron en la causal de nulidad prevista en el artículo 306, numeral 2, de la Ley 600 de 2000.

Agrega el demandante que la sentencia se profirió sin que se valorara la totalidad de las pruebas y se practicaran otras, necesarias para ejercer la debida controversia y acreditar la atipicidad de la conducta endilgada al procesado.

En orden a acreditar su tesis, inicia su discurso con una serie de interrogantes, siendo el primero si «Era realmente Robert Chávez Pérez miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia?»; planteando también la pregunta de si «El concepto paramilitar puede hacerse extensivo a García Garay, en razón de su amistad con Robert Chávez y el concepto generalizado de paramilitarismo?»; a los que contesta que en el expediente no hay prueba alguna demostrativa de que el procesado se reunió con los cabecillas de esa organización delincuencial o tuvo acercamiento con alguno de sus miembros.

Critica la conclusión del Tribunal acerca de que la responsabilidad de García Garay se construyó a partir de su vínculo de amistad con Robert Chávez Pérez, a quien también el ad quem dio por miembro del grupo paramilitar.

Sobre esta persona, el defensor afirma que junto con sus amigos y familiares creó el «clan Chávez», con el que realizó una serie de maniobras para desfalcarse al municipio a través de la celebración de contratos ficticios desde que regentaba como alcalde Pedro Patrón, atribuyendo ese tipo de conductas a los paramilitares que operaban en la región, quienes una vez enterados de ello procedieron a «limpiar» el nombre de la

organización y a indagar si alias «Cadena», estaba tomando parte de la defraudación, averiguación que culminó, afirma el libelista, con el asesinato de Robert Chávez. Y concluye: «Así las cosas se puede determinar que de manera oficial, el señor Robert Chávez no era parte de esa organización criminal de las AUC, fue un estafador astuto que logró posesionarse con argucias en la administración de Coveñas, y que bajo el engaño de ser parte de una organización, desfaltar esa entidad territorial».

De otro lado, indica que las pruebas que demostraban la inocencia de Rafael Antonio García Garay, fueron desconocidas por lo falladores, pues apenas fueron enunciadas en la sentencia.

Como otra de las situaciones generadoras de nulidad por violación al debido proceso, aduce la falta de práctica de pruebas que se decretaron y la apreciación de otras que no fueron acopiadas en la audiencia pública.

Señala que el abundante material probatorio llevado por la Fiscalía no pudo ser controvertido, puesto que se compone en su gran mayoría de medios de convicción practicados durante la fase instructiva, motivo por el que el fallo «hace una reproducción transliterada de la resolución de acusación».

Precisa que el sustento probatorio de la responsabilidad del acusado en el delito de concierto para delinquir agravado se fundó en los señalamientos que ante la Fiscalía hicieron Policarpo López Orozco, Isaac Chávez Pérez, Jesús Chica Garcés y Pedro Patrón Luna, acerca de la pertenencia del procesado al grupo paramilitar.

Hace una relación de las pruebas que fueron decretadas por solicitud de la defensa o de oficio en la audiencia preparatoria y que no se practicaron, las cuales estaban encaminadas a que la defensa contravirtiera la acusación, y añade el demandante, «más así, el despacho procedió a valorarlas y elevarlas de (sic) medio de prueba de la fiscalía a prueba del proceso, cercenando así el derecho de defensa y

contradicción».

La cobertura de la nulidad la remonta incluso a la sentencia de primera instancia, al haberse proferido sin que el juez ejerciera las facultades que le otorga la ley para hacer comparecer a los testigos.

Demanda presentada a nombre de Francisco Ángel Montero Pérez

Para la defensa de este acusado, la sentencia adolece de yerros de apreciación probatoria, los cuales condujeron a que se emitiera sentencia sin que existiera certeza sobre la responsabilidad penal de Montero Pérez.

1. El primer cargo se postula como una violación indirecta de la norma sustancial por error de hecho derivado de un falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio de Samir Otero de la Ossa, pues aunque éste dijo que el paramilitar Willer Covo contaba con el apoyo de contratistas que se prestaban para fungir como tales ante el municipio, siendo su verdadera intención la de servirle de testaferros para entregarle los recursos que desembolsaba el municipio de Coveñas, nunca mencionó entre ellos, a Francisco Ángel Montero Pérez.

El yerro lo hace consistir en que el Tribunal «distorsionó» el contenido del testimonio y le «adicionó» el nombre de Francisco Ángel Montero Pérez, en tanto, dice el casacionista, el deponente jamás señaló que uno de esos ingenieros contratistas del municipio fuera el acusado.

Como otra forma de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, alude a un falso raciocinio que recayó en la apreciación del testimonio de Isaac Chávez, quien hizo un señalamiento directo contra Francisco Montero Pérez, acusándolo de

haberse reunido con el paramilitar Willer Covo para planear la forma de apropiarse del dinero de la contratación del municipio. Para el recurrente, dicha sindicación riñe con las reglas de la experiencia, tornándola falta de credibilidad, debido a la relación sentimental existente entre Francisco Montero Pérez y la compañera sentimental de Isaac Chávez, y por tanto, el marcado interés del declarante en perjudicar al acusado.

La regla de la experiencia que plantea el demandante es la siguiente: «Los jueces de instancias (sic), en sus sentencias desconocieron una regla de la experiencia o postulado lógico como es que un hombre (Isaac Chávez) ofendido en su amor propio, en su virilidad, debido a la infidelidad de su cónyuge se le nubla la razón y actúa motivado por los celos y el ánimo de venganza hacia el caballero (Francisco Montero), que se atrevió a cortejar y conquistar a la mujer del prójimo».

Agrega que la relación sentimental a que se refiere es una circunstancia probada en el proceso, pero que el Tribunal dejó de apreciar, contrariando así las reglas de la lógica y generando una duda en torno a la responsabilidad de este procesado en el delito de concierto para delinquir.

Hace ver las contradicciones en las que a su juicio incurrió el testigo Isaac Chávez, en tanto en la primera versión hizo alusión a dos reuniones llevadas a cabo en el año 2003 en un apartamento en la ciudad de Sincelejo, para luego sostener que se realizaron en el 2004 en casas de esa ciudad y del municipio de Corozal, y el Tribunal, al otorgarle credibilidad al dicho de Isaac Chávez, desconoció el postulado lógico según el cual «Cuando un declarante cambia las circunstancias de tiempo y lugar de los hechos, las reglas de la experiencia indican que no estuvo en posibilidad de percibirlos y/o denota su interés en el asunto, restándole credibilidad a su narración».

Aborda lo relacionado con el informe 403565 de 23 de junio de 2008, en el que se sostiene que el confeso paramilitar Wilber Covo, para el año 2003, arrendó un

apartamento en el edificio «La Cascada» de la ciudad de Sincelejo, llamando la atención acerca de que no resulta creíble que habiéndose celebrado las supuestas reuniones clandestinas ese año, solo después de un año, el procesado se apropiara del valor del anticipo de un contrato que obtuvo con el municipio y que es lo que soportó el cargo en su contra por el delito de peculado por apropiación, habiéndose acreditado a través de prueba pericial que nunca hubo tal, en tanto la firma que aparece en el comprobante de egreso que demostraría el pago a su favor de \$41.560.780, resultó falsa.

Como otro principio lógico trasgredido el demandante sostiene:

«La juez a quo desconoció la contundencia de la prueba técnica pericial y lo que ella informa, desconociendo las leyes de la ciencia y olvidando una regla de la experiencia, cuando el beneficiario de un cheque no lo recibe, no lo endosa, su firma es falsificada y tampoco lo consigna en su cuenta, ese beneficiario es víctima de los delitos de falsedad y estafa».

Para el demandante es un hecho cierto que Francisco Ángel Montero Pérez no cobró el cheque con el que se le estaba pagando un contrato, en la medida en que la prueba pericial acreditó la falsedad de su firma, de donde la conclusión de los falladores acerca de que éste pudo valerse de terceras personas para obtener el giro del dinero a su nombre y su posterior apropiación, carece de todo sustento y trasgrede los principios de la lógica, así:

«Si un contratista no recibe pago alguno por un contrato, las reglas de la experiencia indican que él no puede financiar una organización ilegal y, por tanto, no se le puede endilgar responsabilidad por el delito de concierto para delinquir».

Además, señala, el testimonio de Manuel Barrios demuestra que fue éste quien directamente y sin el consentimiento del procesado, endosó y consignó el aludido cheque a la cuenta de Robert Chávez.

En criterio del censor, también se desconoció el principio de no contradicción, puesto que de haberse apreciado el testimonio de Isaac Chávez en su integridad, se habría concluido que en su declaración hace afirmaciones demostrativas de la inocencia de Francisco Montero en el delito de concierto para delinquir agravado, como cuando indicó que de los contratos pequeños no se trasladaban recursos a las AUC, como era el caso de la construcción de letrinas, que es justamente el contrato por el que se condenó al acusado por el delito de peculado.

Como otra infracción a dicho principio lógico, afirma que el Tribunal reconoció la existencia de duda probatoria en torno a uno de los delitos de peculado, pero respecto de otros sí dio por demostrada su materialidad y responsabilidad en cabeza de Francisco Montero, lo cual resulta un contrasentido. En sustento de su aserto transcribe las consideraciones que al respecto se expusieron en la sentencia.

En el mismo sentido se refiere al quebranto de las leyes de la ciencia, como consecuencia de que el Tribunal desconoció la contundencia de la prueba pericial que dio cuenta de la falsificación de los documentos que soportaban el pago de un contrato adjudicado al acusado, con lo que se acredita que de su parte no hubo la apropiación de recursos públicos.

La petición frente al reparo que postula es que se case la sentencia, para que se absuelva por duda a Francisco Ángel Montero Pérez.

1. El segundo reproche se plantea también como una violación indirecta de la norma sustancial como consecuencia de un error de hecho por falso raciocinio, el cual condujo a que el procesado fuera condenado por el delito de peculado «consumado y tentado».

En primer término, aclara que debido a que para el momento de presentación de la demanda «no se había decretado la prescripción de la acción penal, procede a atacar la condena por este delito en sede extraordinaria».

Sostiene que frente al contrato para la canalización de aguas lluvias, en el que supuestamente el acusado se apropió de la suma de \$43.695.913, fue acreditada la falsedad de las firmas en los comprobantes de pago que al parecer habían sido suscritos por el ingeniero Francisco Montero, circunstancia que desvirtúa la apropiación de los dineros del municipio de Coveñas.

En ese orden, estima, el ad quem demeritó el dictamen pericial que llegó a tal conclusión, infringiendo de esa forma las leyes de la ciencia y las reglas de la experiencia, esto último por cuanto en casos en que «el beneficiario de un cheque no lo recibe, no lo endosa, su firma es falsificada y tampoco lo consigna en su cuenta, ese beneficiario es víctima de los delitos de falsedad y estafa pero nunca responsable de los delitos de peculado por apropiación».

Básicamente, respecto del presente reparo reitera lo que expuso en el anterior, también postulado como una violación indirecta de la norma sustancial.

Pasa a referirse al contrato para la construcción del Colegio Pio XII, en el que al parecer se pagó al contratista Francisco Montero la suma de doscientos quince millones de pesos, pero que finalmente no se cancelaron por lo que la conducta fue calificada como una tentativa, consideración que el censor considera equivocada, pues es claro y dice, lo admite el Tribunal, que el procesado no se apropió de esa suma.

Solicita que se case la sentencia para que se absuelva al acusado del delito peculado por apropiación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cabe recordar que cualquiera sea la causal invocada, la demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, en tanto debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, consistentes en citar las normas que se consideran infringidas, determinar la clase de quebrantamiento, indicar los fundamentos completos con claridad, precisión y lógica, en armonía con la naturaleza del vicio reprochado, además de demostrar la trascendencia del yerro en la decisión, absteniéndose de atacar el poder demostrativo otorgado por el fallador a los medios de convicción con base en posturas personales y producto de la especulación.

También oportuno es recordar que el libelo debe desarrollarse de acuerdo con los principios que regulan la casación, cuales son, el de sustentación suficiente, limitación, crítica vinculante, autonomía de las causales, coherencia, no exclusión y no contradicción.

«Los dos primeros (sustentación suficiente y limitación), derivan del carácter dispositivo del recurso, e implican que la demanda debe bastarse a sí misma para propiciar la invalidación del fallo, y que la Corte no puede entrar a suplir sus vacíos, ni a corregir sus deficiencias.

El de crítica vinculante, presupone que la alegación debe fundarse en las causales previstas taxativamente por la misma normatividad, y que se somete a determinados requisitos de forma y contenido, dependiendo de la causal invocada. Y los de autonomía, coherencia, no exclusión y no contradicción, implican que el discurso debe mantener identidad temática, y ajustarse a los requerimientos básicos de lógica general y lógica jurídica». (CSJ AP, 17 jun. 2015, rad.45007).

Todo lo anterior en aras de que el recurrente no incurra en cualquiera de las situaciones que da lugar a la inadmisión de la demanda, tal y como lo indica el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Una vez clarificado lo anterior, se abordará el estudio de los reparos postulados por los impugnantes, contra la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo.

Calificación de las demandas

1. Libelo presentado a nombre de Rafael Antonio García Garay

1. Cargo único-Nulidad

Con relación a la acreditación de la causal de nulidad, si bien, la Sala ha dicho que es menos exigente en su demostración que las otras, lo cierto es que impone al demandante proceder con precisión y claridad a identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación, plantear sus fundamentos fácticos, indicar los preceptos que considera conculcados y expresar la razón de su quebranto, especificar el límite de la actuación a partir de la cual se produjo el vicio, así como la cobertura de la nulidad.

Igualmente, corresponde al censor evidenciar que procesalmente no existe manera diversa de restablecer el derecho afectado y, lo más importante, comprobar que la anomalía denunciada tuvo injerencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que este recurso extraordinario no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

También debe indicarse que la declaratoria de nulidades se enmarca dentro de los principios que las regulan, que si bien no aparecen consagrados normativamente en el Código de Procedimiento Penal, si han sido objeto de desarrollo por la jurisprudencia de

la Sala, según la cual:

Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad). (CSJ AP, 17 jun 2015, rad.46309).

Para el presente asunto, el recurrente pone de presente varias irregularidades que a su juicio tienen el efecto de invalidar lo actuado; la primera de ellas porque la defensa no tuvo la oportunidad de «controvertir» las pruebas testimoniales practicadas en la fase instructiva. Sin embargo, al intentar demostrar ese reproche realiza toda una valoración probatoria, contestando interrogantes que él mismo plantea.

Al respecto, valga reiterar, que si la intención del demandante es la de poner de manifiesto yerros del Tribunal en la valoración de las pruebas, el camino correcto es la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, en

donde debe especificarse si los vicios son de hecho o derecho y de qué tipo, esto es, existencia, identidad, raciocinio, legalidad o convicción, cada uno de los cuales contempla presupuestos argumentativos propios.

Adicionalmente, en gracia de discusión, debía plantear un yerro de esa naturaleza a través de cargo separado, en cumplimiento del principio de autonomía de las causales que rige la sede extraordinaria, al tiempo que abstenerse de presentar en un solo discurso cuestionamientos que corresponden sustentarse de acuerdo con cada una de la causales, en forma lógica e independiente.

Así, por ejemplo, cuando afirma que la sentencia se profirió sin que se valorara la totalidad de las pruebas allegadas, era deber del censor, primero, plantear esa queja por la causal antes indicada, proponiendo un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión y, segundo, identificar cuál o cuáles fueron las pruebas dejadas de apreciar, acreditando que éstas se incorporaron legalmente y hacen parte del conjunto probatorio, así como su trascendencia.

Empero, el impugnante se queda en el plano enunciativo al limitarse a ese presunto error de apreciación probatoria, para seguidamente hacer una serie de estimaciones sobre los medios de convicción, concluyendo que no se acreditó la participación del acusado en las reuniones que hacían los miembros de las AUC con funcionarios de la Alcaldía, dirigidas a manipular lo relacionado con la contratación del ente territorial.

En sustento de ello expone su criterio en torno a los hechos, los cuales afirma, obedecieron a la concertación de Robert Chávez con sus familiares, para a través de contratos apropiarse de dineros públicos en su favor, sin que en tal proceder haya tenido injerencia el entonces alcalde Rafael García Garay.

Y en otra apreciación personal de las pruebas, descalificada lo señalado por los testigos Policarpo López, Isaac Chávez, Jesús Chica y Pedro Patrón, acerca de la pertenencia del

procesado al grupo de paramilitares, pero sin evidenciar que en esa labor estimativa el Tribunal incurriera en algún error de valoración, simplemente porque todo el discurso de la demanda se sustenta en la tesis personal del libelista acerca de que quien se apropió de los recursos del municipio fue Robert Chávez, utilizando como bandera al grupo de autodefensa, pero que luego fue asesinado por esa organización, en represalia por haber desfalcado las arcas públicas a nombre de ese colectivo ilegal.

De otro lado, al manifestar su inconformidad con el indicio de responsabilidad que construyó el ad quem a partir del hecho probado de la amistad de García Garay con Robert Chávez, tal reparo era menester argumentarlo como un falso raciocinio por infracción a la pautas de la sana crítica y acreditar que el fallador desconoció las máximas de la experiencia, en el entendido que no podía deducir la pertenencia del acusado como financiador a las AUC, por el hecho de que éste fuera amigo de uno de sus confesos miembros y compañero suyo en la administración del municipio. Del mismo modo, demostrar que tal conclusión no podía adoptarse al valorar conjuntamente los medios de convicción.

De lo anterior se extrae, que además de que cada una de las inconformidades que se postulan por el cargo de nulidad no tienen relación alguna con el mismo, pues tal ejercicio tenía que hacerse por la senda de otra causal, según quedó visto, también se advierte que ninguno de los yerros de valoración probatoria corresponde a los presupuestos argumentativos de los errores de hecho que en últimas, pero en forma tácita y meramente enunciativa, se plantean.

Ahora bien, como se indicó en párrafos anteriores el reparo de nulidad se sustenta en varias situaciones, entre ellas, la imposibilidad de controvertir la prueba practicada en la fase de instrucción y que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria.

Empero, el censor deja de identificar cuáles son las pruebas en que el Tribunal fundó su

conclusión acerca de que el procesado era responsable del delito de concierto para delinquir, en aras de establecer cuáles de ellas fueron practicadas en la fase instructiva y cuáles en el juicio, además si algunos de los que rindieron su declaración en la investigación ante la Fiscalía, fueron llamados nuevamente a declarar en la audiencia pública y, de ser así, si comparecieron o no.

Es decir, desconoce la Sala los medios de convicción respecto de los cuáles se alega su falta de contradicción y por lo mismo, su transcendencia en el fallo, faltando de tal forma el censor a los principios de sustentación suficiente y crítica vinculante que guían el recurso extraordinario.

Sin embargo, en cumplimiento de su deber de ejercer control de legalidad al proceso, la Sala verificó el contenido de la sentencia, advirtiéndole que los testimonios que tuvo en cuenta el ad quem para confirmar el compromiso penal de García Garay en el delito de concierto para delinquir agravado, fueron los de Policarpo López, Isaac Chávez, Pedro Padrón Luna, Samir Otero de la Ossa, Iván Moreno y Alí Teherán Ricardo, frente a los que el defensor de Rafael García Garay no elevó solicitud alguna durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, para que rindieran su testimonio en el juicio, por manera que ahora no puede alegar una presunta nulidad originada en una situación que éste no procuró evitar, estando en posibilidad de hacerlo.

Adicionalmente, olvida el recurrente que en el procedimiento de la Ley 600 de 2000, normativa por la que se tramitó el presente asunto, rige el principio de permanencia de la prueba que si bien, eventualmente impide la confrontación de los testigos por la contraparte, pues es posible que en la investigación una declaración se practique sin la participación de la defensa y luego el juez la valore con plenos efectos probatorios, no se dice lo mismo en torno al derecho a controvertirlos, el cual se garantizó en este caso, puesto que en varias ocasiones el defensor de García Garay ha criticado su credibilidad, agotando el ejercicio de cotejar el contenido de sus declaraciones con otras probanzas.

Abordando otro de los motivos de nulidad que se invocan, relativo a la falta de práctica de varias de las pruebas que se decretaron en la audiencia preparatoria, debe decir la Sala que el censor incurre de nuevo en la omisión de indicar a qué pruebas se refiere y su trascendencia en el fallo, esto es, demostrar que las mismas tenían la vocación de quebrar la conclusión acerca de la autoría de García Garay en el punible de concierto para delinquir agravado.

Al pretender cumplir con esta carga demostrativa, enumera los medios de convicción cuya práctica se ordenó pero que finalmente no se llevó a cabo, para luego señalar que no obstante ello el juez los apreció, afirmación que riñe con el principio de coherencia propio del recurso de casación, pues además que una crítica en esos términos tenía que invocarse como una violación indirecta de la norma sustancial por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por suposición, mal puede echarse de menos una prueba para al mismo tiempo oponerse a que el juez la aprecie.

Como se advierte sin mayor dificultad, son múltiples los yerros en los que incurre la defensa de Rafael García Garay, motivo por el que la demanda presentada a su favor habrá de inadmitirse.

1. Libelo presentado a nombre de Francisco Ángel Montero Pérez

Por la vía de la violación indirecta de la norma sustancial se proponen dos reparos por presuntos yerros de apreciación probatoria.

1. El primero de ellos, por falso juicio de identidad, al considerar que el Tribunal distorsionó al tiempo que adicionó el testimonio de Samir Otero de la Ossa, puesto que

a partir de su declaración dio por probado que el procesado Francisco Montero era uno de los contratistas que se prestó para desfalcar al ente territorial, en favor de las AUC cuando en momento alguno el testigo hizo un señalamiento en tal sentido.

De la lectura del fallo de primer grado se extrae que el ad quem concluyó que el acusado en cita fue una de las personas que contrató con el municipio para que la organización paramilitar se apropiara de los recursos que se desembolsaron para la ejecución de contratos que finalmente no se cumplieron.

Sin embargo, tal deducción no la extrajo el Tribunal del testimonio de Samir Otero, sino que a lo dicho por éste acerca de que la organización paramilitar contaba con un grupo de contratistas para cometer el fraude, le sumó lo atestado por el testigo Isaac Chávez acerca de que Montero Pérez se reunió en varias oportunidades con Willer Covo, miembro de la organización, con el objeto de finiquitar los detalles del operar delictivo, lo cual adicionado a las varias irregularidades que se advirtieron en los contratos adjudicados al supranombrado, sirvió de sustentó a los jueces de instancia para concluir demostrada su participación en el delito de concierto para delinquir agravado, por contribuir en la financiación del aparato paramilitar.

Para mayor claridad, oportuno es citar lo que sobre la prueba presuntamente distorsionada o adicionada, afirmó el ad quem:

«Con respecto al delito de concierto para delinquir atribuido a Francisco Montero, hay que decir que según la declaración de Samir Otero de la Ossa, el paramilitar Wíller Covo contaba con un grupo de contratistas que le servían de testaferros lo cual es veraz a la luz de la razón, por cuanto en el propósito de la organización ilegal AUC de apoderarse de las regalías del municipio de Tolú, era de absoluta necesidad contar con los contratistas, puesto que era a través de la contratación de las obras públicas como se podía lograr semejante

designio»1

Como se observa, ninguna adición o distorsión se advierte respecto del testimonio que se acusa de haber sido indebidamente apreciado, motivo que explica la omisión del demandante de agotar el obligado juicio de comparación entre el contenido de la prueba y lo que de ésta concluyó el sentenciador como lo impone el principio de sustentación suficiente, además de que el ataque debió postularse por la senda de un falso raciocinio, ya que fue a partir de prueba indiciaria que el Tribunal dedujo la responsabilidad del acusado en el punible de concierto para delinquir agravado, tal y como esa Corporación lo reconoce al indicar:

«Por otra parte, es cierto que si se hubiera realizado una investigación mucho más exhaustiva, llamando a declarar al entonces jefe de planeación, se hubiera podido obtener una mayor aproximación a la verdad, fin último del proceso penal, pero esa falencia no juega a favor de Francisco Montero, toda vez que la investigación fue prolija, vasta, completa y suficiente para deducir, bien a través de la prueba directa, o bien a partir de la prueba indiciaria, la responsabilidad del acusado en el binomio delictual por el cual debe responder»

Abordando otra de las violaciones indirectas de la norma sustancial que denuncia el recurrente, relacionada con un falso raciocinio que dice recayó sobre el testimonio de Isaac Chávez, deja de precisar cuál es la regla de la experiencia que se desconoció, es decir no la identifica ni tampoco acredita que la misma cumpla las exigencias de generalidad y universalidad que la gobiernan, dado que reduce la discusión a un problema de credibilidad del testimonio a partir de una situación especulativa como lo es el ánimo del declarante de querer vengarse de Francisco Ángel Montero Pérez por haberse involucrado con su esposa, y que en criterio del censor desdice de la veracidad de esta prueba.

El demandante deja de lado la sustentación que exige un reparo de falso raciocinio, que le impone demostrar que el juzgador deriva del medio probatorio deducciones que contravienen los principios de la sana crítica, esto es, los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia.

También extraña la Corte la indicación objetiva acerca de qué dice el medio probatorio, cuál fue la inferencia a la que equivocadamente arribó el juzgador y cuál es la correcta, así como el mérito persuasivo otorgado y, en este caso, la máxima de experiencia que fue desconocida en el fallo, así como su trascendencia en la decisión del juez, esto es, que de haberse optado por el raciocinio correcto, la conclusión habría sido sustancialmente diferente a la acogida en la sentencia, aspecto que a su turno le asignaba al censor el deber de desacreditar los demás medios de convicción, de cuyo análisis conjunto el Tribunal dedujo la autoría del acusado en el delito de concierto para delinquir agravado.

Empero tal examen fue del todo pretermitido, en tanto la censura que se plantea respecto del testimonio de Isaac Chávez se encamina claramente a atacar la credibilidad del declarante con base en apreciaciones personales y sesgadas del recurrente, además de intentar mostrar una serie de contradicciones en el dicho del testigo que en nada desdican de los aspectos sustanciales del mismo, pues se remontan a diferencias en fechas y lugares, más no en las reuniones que Francisco Montero sostuvo con un miembro de las AUC, para planear la manera en que los recursos que éste recibiría como contratista llegarían a las arcas de la organización ilegal.

Y en un fallido intento por acreditar la infracción a los principios de la lógica, propone el desconocimiento de un postulado propio que seguidamente denomina regla de la experiencia, olvidando que una queja en esos términos debe enmarcarse dentro de los principios generales de la lógica, cuales son, identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, más no en reglas particulares producto del razonamiento de quien las propone.

Incursiona en similar desatino al afirmar que el ad quem desconoció el principio lógico de no contradicción por haber dejado de apreciar integralmente el testimonio de Isaac Chávez, queja que corresponde encuadrarse como un falso juicio de identidad por cercenamiento, en donde debe mostrarse el contenido de la prueba y aquel que fue tenido en cuenta por el sentenciador, en orden a hacer ver cuál fue el aparte desconocido y su importancia, esto es, que de haber sido valorada integralmente la prueba, la decisión habría sido en un sentido distinto.

Además, al enunciar el desconocimiento de un principio lógico para afirmar la infracción a las reglas de la experiencia, hace palpable la incoherencia de su argumentación, mismo error en el que incurre al referirse a la prueba pericial grafológica para reprochar la condena por el delito de peculado por apropiación.

Aquí cabe aclarar que los reproches encaminados a atacar la condena por el delito de peculado por apropiación no serán abordados por la Corte, toda vez que con posterioridad a la presentación de la demanda de casación, frente a tal conducta, el Tribunal decretó la extinción de la acción penal por prescripción de la misma, motivo por el que resulta inane estudiar tal aspecto de la demanda.

En ese orden de ideas, dados los evidentes errores de postulación y fundamentación de los que adolecen las demandas de casación promovidas por los defensores de Rafael García Garay y Francisco Montero, las mismas serán inadmitidas.

Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas-art. 122
[constitución política](#)

Advierte la Corte un yerro en el cálculo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la cual opera como sanción accesoria frente al delito de concierto para delinquir, única conducta por la que fueron declarados penalmente responsables los acusados, pues frente a la condena por delitos contra la administración pública, se decretó la extinción de la acción penal por prescripción.

En efecto, a los procesados Sergio Antonio Tapia Sierra, Carlos Alberto Olivera García, Eladio Antonio Muentes Ávila, Bertilio Manuel Orozco Romero, Manuel Francisco Ríos Revuelta, Obelio Andrés Cárdenas Álvarez, Abel Antonio Toscano Benítez, Duberley Garay Mendoza y Rafael Antonio García Garay, se les impuso la pena de 72 meses de prisión, multa de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad.

Por otra parte, la sanción fijada a Francisco Ángel Montero Pérez fue de 24 meses de prisión, multa de 704.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 24 meses como autor de concierto para delinquir, montos que en últimas se impusieron ante la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Al respecto observa la Corte que la pena accesoria infringe el principio de legalidad de la sanción, puesto que por mandato constitucional, cuando quiera que la declaración de responsabilidad penal tenga su origen en delitos relacionados con la financiación de grupos ilegales, entre otros comportamientos cometidos en cualquier tiempo, la inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos políticos es a perpetuidad.

El siguiente es el contenido de la norma constitucional:

«Art. 122 [Constitución Política](#) (Inciso 5º). Modificado artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior».

Teniendo en cuenta que la Sala ya ha interpretado el mandato constitucional en cita, en el sentido de que ésta es una sanción que opera de pleno derecho y que aplica para delitos cometidos en cualquier tiempo², es decir, incluso respecto de conductas cometidas con anterioridad a la norma que modificó el artículo 122 superior, como así se desprende expresamente del texto constitucional; corresponde indicar que todos los procesados en este asunto quedan inhabilitados intemporalmente para ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ser elegidos o designados como servidores públicos y para celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado.

Lo anterior no implica trasgresión al principio del non bis in ídem pese a que la sanción se está modificando en disfavor de los no recurrentes y de dos procesados que son recurrentes únicos, puesto que como se indicó, tal pena por provenir directamente de la Constitución y no de la ley, impone que la misma opere de pleno derecho, es decir, que no requiere de declaración judicial para que aplique, de donde la omisión de los falladores de instancia al guardar silencio sobre la misma, no es óbice para que ahora la Sala haga la respectiva aclaración.

Cuestión final

De la misma manera, la Sala advierte un error en la dosificación de la pena a que se hizo merecedor Francisco Montero Pérez, puesto que el fallador de primera instancia tomó como tipo base el de peculado por apropiación y la pena imponible que se prevé para el autor, cuando este acusado fue condenado como interviniente.

Es así que fijó la pena para el peculado en el rango de los 72 a los 144 meses de prisión, imponiendo finalmente 72 meses; a este valor aumentó 24 meses por el punible de concierto para delinquir y 16 meses más por el comportamiento de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Luego como respecto de estos dos últimos comportamientos el reproche fue a título de interviniente, redujo a cada uno de esos dos montos la cuarta parte, es decir, los 72 meses de prisión por el peculado se redujeron a 54 meses y los 16 meses de prisión por la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a 12 meses; por lo que al sumar estas cantidades, más 24 meses por el delito de concierto para delinquir, la pena de prisión quedó en 90 meses.

Al resolver el Tribunal el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, extinguió por prescripción la acción penal respecto del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, motivo por el que la sanción para Francisco Montero se tasó en 70 meses, al restarle 20 meses a los 90 que se impusieron en primera instancia, pues el ad quem, concluyó erradamente que por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales el juez de primer grado hizo un incremento de 20 meses, cuando en realidad fue de 12 meses.

Adicional a lo anterior, al prescribir la acción penal por el punible de peculado por apropiación a través de un auto interlocutorio, cuando ya había emitido el fallo de segunda instancia, quedó vigente la condena por el concierto para delinquir agravado que el a quo tasó en 24 meses, siendo este el quantum definitivo de la pena de prisión al que se hizo

merecedor Francisco Montero.

Como se observa, fueron varios los errores de los jueces de instancia en el cálculo de sanción, pues en primer lugar la pena base era la del delito de concierto para delinquir agravado que oscila entre 72 y 144 meses de prisión, la cual debió ser la de 72 meses, siguiendo los mismos criterios que el a quo tuvo respecto de los demás acusados, siendo en últimas este el monto que correspondía al procesado Montero Pérez, una vez hechos los descuentos punitivos ante la prescripción de la acción penal para los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales y no el de 24 meses que concluyó el ad quem.

Igual sucede con la pena de multa que fue fijada en 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que es el monto que corresponde al extremo mínimo de la sanción pecuniaria establecida para el delito de concierto para delinquir agravado, que en el caso de Francisco Montero Pérez es el delito base. Sin embargo, como los jueces de instancia

erraron en la selección del tipo base, la multa, luego de prescritos los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se determinó en 704.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el monto correcto era el de 2.000 de estas unidades.

No obstante, la Sala no puede ajustar la pena a su legalidad, toda vez que de hacerlo agravaría la situación del procesado, quien junto con Rafael García Garay, fueron los únicos sujetos procesales que se opusieron a la decisión del Tribunal, motivo por el que debe darse prevalencia al principio de no reformatio in pejus frente al principio de legalidad de la sanción como ya lo tiene decantado la Sala3

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

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Rafael Antonio García Garay y Francisco Ángel Montero Pérez.

SEGUNDO: ACLARAR, el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Sincelejo el 19 de noviembre de 2015, en el sentido de que la pena de inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas a las que se refiere el inciso 5º del artículo 122 constitucional es intemporal para todos los procesados en este asunto.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 80 sentencia de segunda instancia.

2 Ver CSJ SP, 9 feb. 2016, rad. 47362; CSJ SP, 21 oct.2015, rad. 45880, CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 43582; CSJ SP, 19 jun. 2013, rad. 36511.

3 CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 46614