

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP4006-2014

Radicación 43148

Aprobado Acta N° 226

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014)

Se pronuncia la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de adecuada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado LELIO YESYTH MONCADA PINTO, en contra de la sentencia de 12 de septiembre de 2013 mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó la que emitiera el Juzgado de Primera Instancia Zona Nueve de Medellín, por cuyo medio lo condenó como autor del delito de privación ilegal de la libertad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por el juzgador de primer grado así:

El señor Auxiliar Regular Luis Alberto Madarriaga Díaz denuncia ante el Juzgado 167 de Instrucción Penal Militar de Apartadó (Antioquia), que el día 25 de octubre de 2009 a eso de las 01:30 horas al llegar retardado a su servicio de primer turno para el cual estaba nombrado, fue objeto de la realización de ejercicios físicos ordenados por su superior, el

señor Intendente MONCADA PINTO LELIO y posteriormente, al negarse a continuar realizando ejercicios físicos, procedió el suboficial a ingresarlo al calabozo de la Estación de Policía de Belén de Bajirá, y dejarlo allí hasta las 06:30 horas, que ordenó sacarlo para que se organizara y recibiera segundo turno de seguridad de instalaciones.

El Juzgado Ciento Sesenta y Siete de Instrucción Penal Militar abrió formal investigación penal en contra del Intendente LELIO YESYTH MONCADA PINTO a quien vinculó mediante indagatoria. Por decisión de 8 de noviembre de 2010 le resolvió la situación jurídica absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento.

Perfeccionada la instrucción, el diligenciamiento fue remitido a la Fiscalía Ciento Cuarenta y Nueve Penal Militar, despacho que el 12 de septiembre de 2011 profirió resolución de acusación en contra del procesado por el delito de privación ilegal de la libertad, al tiempo que le cesó procedimiento por el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

En firme la acusación el 21 de octubre de la anualidad en cita, al no ser objeto de impugnación, la fase del juicio la adelantó el Juzgado de Primera Instancia, Zona Nueve de Medellín, y luego de surtir la diligencia de corte marcial, mediante sentencia de 29 de enero de 2013 condenó a LELIO YESYTH MONCADA PINTO como autor del delito objeto de acusación, a las penas de tres (3) años de prisión, concediéndole la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Ante el recurso de apelación promovido por la defensora del enjuiciado, el Tribunal Superior Militar a través de sentencia de 12 de septiembre de 2013 confirmó la condena, por lo que la misma profesional insiste con la impugnación extraordinaria allegando el líbello de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

Con la finalidad de que con base en las disposiciones de la Ley 906 de 2004 que regulan el recurso extraordinario, se admita la demanda para desarrollar la jurisprudencia respecto del contenido, alcance y efectos procesales de la conducción y retención transitoria como facultad de la Policía Nacional atribuida constitucional y legalmente, la defensora postula los siguientes reparos:

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial.

Denuncia la exclusión de los artículos 29 de la Constitución Política, 8° y 209 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), y la aplicación indebida de los preceptos 6°, 19, 196, 209 y 211 del mismo ordenamiento castrense «pues como lo demostraremos en su desarrollo el proceso está viciado de nulidad por desconocimiento de una garantía fundamental consagrada en los artículos 29 de la Carta Política —sic—, relativa a la tipicidad y el debido proceso».

Para la defensora, el yerro judicial radicó en desconocer las facultades legales que le asistían al Intendente MONCADA, así como del hecho que la retención del auxiliar Madarriaga sólo fue por pocas horas, hasta cuando estuviera en un estado anímico que no colocara en riesgo su vida, ni la de otros, privación de la libertad que no fue de carácter disciplinario, sino una acción necesaria ante el estado de alicoramiento, actitud agresiva e insubordinada que presentaba.

Pone de presente que no hay otra queja o denuncia en contra del procesado por posibles excesos o extralimitación de poder, lo cual permite pensar que no era un procedimiento común y habitual de su parte.

Señala que desde la sentencia C-199 de 1998 la Corte Constitucional encontró ajustado a la norma superior la atribución de facultades preventivas a la Policía para evitar que personas incapaces o en estado de grave excitación en el que pueden cometer inminente una infracción penal y afectar sus propios derechos o los de terceros, como medida

necesaria y urgente, postulado que reiteró en la C-720 de 2007 en relación con la retención transitoria a quien deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio, como lo permite el Código de Policía.

Que el Tribunal pasó por alto la violación a los principios de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, al valorar lo perjudicial al investigado, desconociendo las facultades legales del Intendente MONCADA frente a esa retención transitoria, y sin otorgarle validez a los testigos que daban cuenta de la necesidad de la medida tomada.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial.

Con apoyo en la causal tercera contemplada en el artículo 181 de Ley 906 de 2004, pregona que el Tribunal omitió consideraciones y medios de prueba necesarios para garantizar la prevalencia del derecho sustancial, en cuanto tergiversó, fraccionó, deformó y supuso elementos de convicción, dejando de estimar otros igualmente trascendentes, con lo cual aplicó indebidamente los artículos 26, 197 y 396 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), y 174 de la Ley 599 de 2000, con la consecuente exclusión evidente del 29 de la Constitución Política y 6° del citado estatuto castrense.

Asevera que de la declaración del patrullero Orlando Manuel Herrera Osorio se establece que no fue testigo presencial cuando dice que el auxiliar Madarriaga no se presentó a la formación para recibir el servicio, pero si es un testigo de oídas de la actitud violenta y agresiva de aquél.

Que por su parte, el auxiliar Omar Alexis Martínez Rodríguez, dijo haber visto a su compañero Madarriaga saliendo de una discoteca con unas mujeres y que luego se había presentado «borracho», por lo cual el Sargento MONCADA habló con él, lo puso a hacer flexiones, pero luego lo ingresó al alojamiento ya que estaba insolado, gritando y «braveando» a los compañeros con ganas de pelar con ellos, además, como quería coger

un fusil, el sargento lo tomó del brazo y lo llevó al cuarto de reflexión.

Agrega que también Jorge Luis Peña Gutiérrez afirmó que el auxiliar llegó quince minutos tarde, en traje de civil y «borracho», y se enteró luego que el Subintendente MONCADA lo puso a hacer ejercicios y como se le rebeló, lo mandó a dormir.

De igual forma, Alfonso Manuel Pérez Montiel dijo que el auxiliar estaba alegando, insubordinado y alterado, como queriendo hacerse daño.

Aduce que el Mayor Carlos Efraín González Andrade, si bien es testigo de oídas, aseveró que a los auxiliares se les tenía prohibido cambiarse de civil, andar solos en el pueblo, consumir bebidas embriagantes, que debían informar cualquier permiso, y que lo normal ante alguna falta era ordenar la práctica de ejercicios como correctivos en forma de instrucción.

Que al auxiliar Jorge Mario Castro Maturana tampoco es testigo presencial pero se enteró por la mañana al recibir el turno.

Para la defensora, Jonnatan Montero Pérez, quien dice no haber observado al auxiliar insubordinado y que acató sumisamente la orden de hacer ejercicios, es mentiroso, porque los demás testigos refieren tal insubordinación.

Que además, Yecelia Murillo Palacios en su declaración manifestó que el auxiliar era «charlatán y confanzudo», en tanto que el dueño de la Discoteca «El Parche», relató que Madarriaga llegó a ese establecimiento hacia las 9:30, acompañado de dos damas, ingirió licor hasta las 11 y no quería pagar la cuenta, incluso trató de agredir a una persona con una botella.

Por último, resalta las declaraciones de Jeisson José Gutiérrez y Addemar Junniors González cuando señalan que Madarriaga se había evadido para ir a tomar licor, tuvieron

que ir a buscarlo, llegó embriagado, se puso a pelear con un compañero de apellido Peña a quien amenazó con el fusil, ante lo cual el sargento le quitó el arma y lo llevó a la celda.

Tras ese recuento probatorio, concluye la defensora que si bien los testigos no coinciden de manera exacta en las horas de los sucesos, sí coinciden en afirmar que el auxiliar estaba insubordinado, insolado y «borracho».

Con base en ello aduce que desde el punto de vista policial y militar la insubordinación, más que no acatar órdenes, conlleva actitudes violentas, de ahí que el Tribunal incurrió en «errores en la distorsión u omisión del contenido y la no valoración de la prueba en su conjunto».

Por último, refuta al Tribunal por afirmar que al imponer el inculcado a su subalterno la práctica de ejercicios estaba abusando de su investidura, porque según la defensora, ese era el correctivo disciplinario autorizado, máxime que tal situación la reportó su asistido al superior.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial.

Bajo la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, asevera que el fallo se basó en «prueba testimonial producida con desconocimiento del debido proceso y del derecho defensa —sic—, comunicada, ni notificada al investigado o a su defensa para que hiciera uso de los derechos de contradicción que le asistía» —sic—.

Cita los artículos 395, 397 y 398 del Código Penal Militar, para seguidamente dolerse de no haber tenido la oportunidad de contrainterrogar a los declarantes, en desconocimiento de los principios de imparcialidad y contradicción, que incluso otros testimonios e indagatorias fueron trasladadas de otra investigación penal también con violación de los derechos fundamentales de su defendido, lo que originaría nulidad por

violación del debido proceso y del derecho de defensa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De manera preliminar la Sala debe aclarar que no resulta acertado invocar las disposiciones de la Ley 906 de 2004 a un caso que se rituó bajo los parámetros del anterior Código Penal Militar (Ley 522 de 1999).

Ello, porque como con anterioridad se ha precisado (CSJ AP, 6 may. 2009, rad 30867), no se compadece con el trámite escritural que irradiaba ese ordenamiento castrense, las instituciones del sistema de procesamiento acusatorio ordinario.

...tratándose del recurso de casación no es posible trasladar lo relativo a las causales y trámite del mismo previsto en la Ley 906 de 2004 para los diligenciamientos procedentes del Tribunal Superior Militar por cuanto no se aviene a éste sistema la oralidad presente en el recurso de casación en el trámite penal acusatorio cuando una vez admitida la demanda se ha de celebrar dentro de los treinta (30) días siguientes la respectiva audiencia de sustentación a la que pueden concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción, además, porque con un tal proceder se incurriría en una mixtura indebida al rituar el proceso de forma escritural en las instancias, pero variarlo para el curso de la impugnación extraordinaria.

Ahora, como la Sala ha precisado también que al regular el Código de Procedimiento Penal ordinario lo concerniente al recurso de casación respecto del carácter teleológico de la impugnación, causales, requisitos formales de la demanda, etc., una interpretación sistemática impone la unificación normativa en esta materia, comprendiendo allí las sentencias proferidas por el Tribunal Penal Militar, la indebida cita normativa de las causales de casación de la Ley 906 de 2004 a la que acude la defensora, no tiene la entidad suficiente para enervar el estudio de la demanda.

Por lo mismo, de conformidad con el inciso 1º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, el recurso extraordinario de casación es viable contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial y por el Tribunal Penal Militar, cuando se proceda por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho (8) años.

También el numeral 3º del artículo en cita prevé que cuando el fallo de segundo grado no es proferido por los citados tribunales o el delito por el que se procede tiene pena privativa de la libertad inferior a dicho quantum punitivo, la Sala está facultada para admitir discrecionalmente las demandas de casación que se ajusten a los requisitos legales cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Advertido lo anterior, en el caso de la especie se observa que ante la menor lesividad del delito de privación ilegal de la libertad, previsto en el artículo 174 de la Ley 599 de 200 (ante la expresa remisión del artículo 195 de la Ley 522 de 1999), con una pena establecida de tres (3) a cinco (5) años de prisión, tal límite punitivo resulta inferior al exigido en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, lo que impone que el recurso sólo sea procedente a través de la casación excepcional.

En este orden, es evidente que la ausencia de argumentación o justificación del libelo vaticina su no admisión, porque la demandante se limita a anunciar su anhelo del desarrollo jurisprudencial respecto del contenido, alcance y efectos procesales de la conducción y retención transitoria como facultad asignada a la Policía Nacional, pero sin mostrar una postura al respecto, ni desde cuál óptica debe enfocarse el estudio jurídico de tal tópico.

Aunque a la par pregonara la vulneración de las garantías procesales de su representado, la fundamentación que le da a los cargos impide avizorar tal violación o la forma como

fueron desconocidas en el fallo recurrido.

En efecto, si bien en las tres censuras postula la violación indirecta de la ley sustancial, no identifica los yerros judiciales, ni su incidencia en el sentido de la decisión, por el contrario, incurre en una mixtura cuando exhibe una argumentación propia de otra causal al señalar que «el proceso está viciado de nulidad por desconocimiento de una garantía fundamental consagrada en los artículos 29 de la Carta Política —sic—, relativa a la tipicidad y el debido proceso».

De esta forma, olvida el diferente soporte jurídico y argumentativo cuando se trata de denunciar yerros de estructura o de garantía, frente a los eventuales desaciertos de orden jurídico y probatorio en que haya podido incurrir el fallador, con lo cual contraviene el principio lógico de no contradicción que impone evitar la presentación de postulados que por su contraste se oponen. Aquí es evidente que para una sentencia estimativa de absolución, como la que solicita, debía admitir la validez de la actuación.

También con una falta de precisión y claridad la impugnante se dedica a señalar en términos generales lo que manifestaron algunos testigos, pero sin identificar la clase de error en tales elementos de convicción y el falso juicio que lo determinó, y no basta con aglutinarlos al decir que el Tribunal los tergiversó, fraccionó, deformó y supuso, porque es necesario precisar cómo fue alterada su expresión fáctica, o si la condena se basó en prueba ilegal o su estimación contrarió el valor fijado en la ley o no consultó los postulados de la sana crítica.

De manera contradictoria afirma que la medida adoptada por el Intendente MONCADA PINTO sobre el Auxiliar Madarriaga no tuvo carácter disciplinario, pero seguidamente afirma que sí lo era al poner de presente los correctivos que se podían adoptar al interior de la institución policial y el aviso que de la misma acción disciplinaria hizo aquél a su superior.

Tal paradoja le impide estudiar el asunto bajo la perspectiva que anuncia respecto de la facultad de retención en el Comando de Policía cuando la Corte Constitucional analizó el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, respecto de tal medida correctiva, fallo en el cual se destacó que su aplicación no podía ser utilizada para encubrir medidas sancionatorias de ningún tipo.

«las autoridades de policía, como autoridades administrativas, no pueden excederse en el ejercicio de sus funciones en relación con los objetivos perseguidos por la norma, pues con el argumento de que una persona se encuentra embriagada o en estado de grave excitación, no puede eliminarse el ejercicio legítimo de sus derechos. Por ello, la autoridad de policía al ejercer esta función preventiva, deberá justificar la retención en motivos fundados, objetivos y ciertos».

Precisamente por ello, para los juzgadores la actuación del procesado en manera alguna estuvo amparada por preceptos legales, toda vez que desbordó las facultades correccionales que podía ejercer sobre el auxiliar de la Policía transgrediendo su derecho a la libertad personal.

No sólo se destacó que era la primera vez en que un auxiliar de la Policía era ingresado al calabozo, sino que se acreditó que la retención no obedeció a una medida preventiva, sino que tuvo carácter sancionatorio,

con el ánimo y el propósito de darle una lección al subalterno que debía ‘cumplir las órdenes’, primero por haber llegado retardado a la presentación de un servicio y segundo por no cumplir con la totalidad de los ejercicios físicos que le había ordenado, al punto de negarse el auxiliar por presentar físico cansancio, llevando a cabo la privación de la libertad sin cumplir con los presupuestos establecidos para tal fin.

Por esa razón se equivoca la recurrente en el sentido de considerar que las declaraciones indican el grado de excitación en que se encontraba y que pudiese afectar sus propios

derechos o los de terceros y que por ende la medida era la adecuada por su prohijado, pues lo cierto es que el problema jurídico probatorio no se centra en la condición que presentaba el auxiliar, sino en el procedimiento ilegal que siguió el policial a sabiendas que con su proceder estaba infringiendo la ley.

Por último, distante de la realidad procesal la defensora señala que no tuvo la posibilidad de ejercer la contradicción probatoria al punto que la prueba trasladada no le fue notificada, porque una revisión del diligenciamiento permite evidenciar que el Juzgado Ciento Sesenta y Siete de Instrucción Penal Militar el 9 de noviembre de 2010 le dio a conocer las diligencias procedentes de la actuación disciplinaria adelantada en contra del Intendente, para que hicieran parte de la actuación penal.¹

Lo expuesto permite deducir que la recurrente no cumple con las exigencias legales dispuestas para que proceda la admisión de su libelo de casación.

Finalmente, la Sala no observa con ocasión del trámite procesal o en el fallo impugnado violación de derechos o garantías de MONCADA PINTO como para que se hiciera necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección en los términos del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

Cuestión final

La Corporación advierte que el juzgador de primer grado al momento de fijar la sanción, sólo hizo mención a la pena de prisión, mas no a las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas que según el artículo 60 del Código Penal Militar implican imponerlas por el mismo término de aquella.

Por no ser objeto de impugnación, dado que la apelante fue la defensora del procesado abogando por la absolución, el Tribunal Superior Militar al resolver el recurso no reparó en

la omisión de las sanciones accesorias.

Sin embargo, ese desconocimiento del principio de legalidad de la pena no es posible subsanarlo en esta sede extraordinaria ante la prevalencia de la garantía de la prohibición de la reforma peyorativa sobre aquél apotegma, máxime que el procesado también aquí es único impugnante.

En consecuencia, la Corte se abstendrá de hacer alguna corrección sobre tal materia punitiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de LELIO YESYTH MONCADA PINTO, por las razones dadas en la anterior motivación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Folio 181 cuaderno original N° 1.