

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP601-2018

Radicado 49073

Acta 48

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO:

La Corte decide si admite o no la demanda de casación presentada por la defensora de EDWIN RENÉ BERNAL RIVERA, contra la sentencia del 21 de julio de 2016, a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo del 26 de abril del mismo año emitido por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Conocimiento de la capital, que lo condenó como autor del delito de favorecimiento de la fuga en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión.

HECHOS:

El 10 de agosto de 2012, sobre las 12:50 de la tarde, ingresó al país, en el vuelo 045 de la aerolínea Avianca, la ciudadana colombiana Martha Ligia Barrero García, deportada de México. EDWIN RENÉ BERNAL RIVERA, oficial de Migración, y quien se desempeñaba como Jefe de Turno en la oficina de Policía Judicial de Migración Colombia, omitió reportar la deportación de la citada como novedad en el libro de minutas pertinente, para así continuar con el trámite migratorio, en curso del cual se podía advertir que en contra de Barrero

García existía orden de captura vigente emitida por el Juzgado 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, para el cumplimiento de una condena.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 18 de abril de 2013, ante el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura de EDWIN RENÉ BERNAL RIVERA y Omar Alexis Rey Pinzón, a quienes se les imputó cargos, en calidad de coautores, por los delitos de prevaricato por omisión y favorecimiento de la fuga (artículos 414, 449, 33 y 31 del Código Penal), e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. El 13 de junio de 2013, la Fiscalía 71 Seccional de Bogotá radicó escrito de acusación en contra de los precitados por los delitos señalados, el cual se materializó en audiencia del 23 de octubre de 2013, ante el Juzgado 37 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la capital.
3. Evacuado el juicio oral y público, el Juzgado de conocimiento, mediante sentencia del 26 de abril de 2016, absolvió a Omar Alexis Rey Pinzón de los cargos atribuidos y condenó a EDWIN RENÉ BERNAL RIVERA como autor responsable del delito de favorecimiento de la fuga en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión, a la pena principal de 92 meses de prisión, multa de 13.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.
4. Apelada tal determinación por la defensa del condenado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en proveído del 21 de julio de 2016, la confirmó.

LA DEMANDA:

La apoderada de EDWIN RENÉ BERNAL RIVERA presentó tres cargos, uno principal y dos

subsidiarios, en contra de la sentencia de segundo grado, así:

1. Principal

Al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación indirecta de la ley sustancial al incurrir en falso juicio de identidad que condujo “al quebrantamiento del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional que se desarrolla en los artículos 7, 380 y 381 del Código de Procedimiento Penal”¹, lo cual propició la aplicación indebida de los artículos 31, 414 y 449 del Código Penal.

Explicó que dicho error se presentó porque las autoridades judiciales encontraron acreditada la versión de Omar Alexis Rey Pinzón con las testificaciones de Jhon William Gómez Lancheros y Carlos Andrés Flórez Vargas, cuando precisamente éstos desmentían el contacto directo entre el sentenciado y la mujer deportada.

En tal sentido, acusó de ser ignorados ciertos apartes de las declaraciones rendidas por aquéllos en las cuales manifestaban -de acuerdo con lo percibido en los videos de seguridad- que la ciudadana evadida nunca ingresó al área de policía judicial pues su manejo se dio en la parte externa, ni tuvo contacto directo con BERNAL RIVERA, sólo con Rey Pinzón; razón por la cual no se puede afirmar que su apoderado conocía la llegada de la deportada Martha Ligia Barrera García, omitió su registro como “novedad” en el libro de deportados, y evitó su conducción a los filtros de migración, en los cuales debió percatarse de la orden de captura en su contra.

En ese contexto, expresa que de haberse valorado integralmente las pruebas referidas se hubiese advertido que la pasajera nunca fue dejada a disposición de BERNAL RIVERA, sino que el único empleado que tuvo contacto directo con ella fue Omar Rey Pinzón, quien facilitó

su salida. Por consiguiente, solicitó se case la sentencia condenatoria y se emita una de carácter absolutorio.

2. Subsidiarios

2.1. Por la senda de la causal primera del artículo 181 del Código Procedimiento Penal, atacó el fallo por aplicación indebida de los artículos 31, 414 y 449 del Código Penal.

Reprobó la demandante la atribución de responsabilidad penal a su defendido por hechos que no corresponden con los enunciados en el escrito de acusación, los cuales, desde una lectura simple, daban cuenta de comportamientos presuntamente ilegales de la ciudadana Martha Ligia Barrera García, de quien se enunció ingresó al país en condición de deportada y entregó una suma de dinero a los acusados con el propósito de evadir el requerimiento judicial que en su contra reportaba.

En esa línea, expresó su descontento con los hechos demostrados en la actuación y por los cuales se dictó condena, pues el sentenciador no se sometió al escrito de acusación que se ofreció y al cual estaría limitado, ni precisó si se apartaba del mismo para terminar sancionando a EDWIN RENÉ BERNAL por delitos que no se adecuaban a la descripción fáctica, y que a lo sumo constituirían conductas reprochables a la persona deportada en la medida que ofreció dinero para retardar un acto propio de un servidor público o darse a la fuga.

Acorde con lo anterior, peticionó se declare la prosperidad del cargo, se case la sentencia y emita fallo absolutorio.

2.2. Por la senda de la misma causal, reprobó la decisión por aplicación indebida de los artículos 31, 414 y 449 del Código Penal, por error en la adecuación típica de los hechos al

dar por establecido la ocurrencia de los delitos de prevaricato por omisión y favorecimiento a la fuga.

Indicó el memorialista, que de acuerdo con los hechos probados no se puede afirmar la comisión de los delitos enunciados, en tanto no se demostró que EDWIN BERNAL RIVERA recibió dinero por parte de Martha Ligia Barrero García, ni que fue informado que en contra de aquélla existía orden de captura vigente.

En ese orden de ideas, primero descartó la conducta de prevaricato por omisión, por cuanto el descuido que se atribuye a su prohijado -no registrar la novedad del ingreso de la mujer deportada en el libro- como falta a su deber funcional, no entraña responsabilidad penal sino disciplinaria.

En segundo lugar, también el punible de favorecimiento de la fuga porque la mujer no estaba capturada, ni detenida, ni era prisionera en cumplimiento de una condena, solamente tenía orden de captura vigente, luego, no se puede afirmar que estaba privada de la libertad y por eso, la omisión de su representante de presentarla ante los filtros de control donde aparecería la orden de aprehensión, no puede ser configurativa del delito en mención.

Finalmente agregó, que las conductas reprochadas no podían sancionarse de manera independiente al existir una relación innegable entre ellas, como lo es, la omisión en el cumplimiento de las funciones, de manera que se está ante un concurso aparente de conductas.

En consecuencia deprecó se case la sentencia y se absuelva al procesado de los cargos erróneamente deducidos.

CONSIDERACIONES:

1. Acorde con lo establecido en la Ley 906 de 2004, la casación es un instrumento de

control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, encaminado a proteger los derechos y garantías fundamentales consagrados en la [Constitución Política](#) y en los tratados de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, a garantizar la efectividad del derecho material y la reparación de los agravios inferidos a quienes intervienen dentro del proceso penal.

Por tal motivo, se trata de un medio de oposición estrictamente reglado y su ejercicio debe someterse a determinados presupuestos de postulación de los reproches de acuerdo con las causales taxativamente señaladas en la ley. Propósito que sólo puede lograrse mediante la presentación de una demanda escrita, en la cual se identifique la sentencia recurrida, acredite la legitimidad o interés para recurrir, exprese con claridad y precisión los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión y se demuestre la objetiva configuración de uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos por el Código de Procedimiento Penal.

2. Exigencias que no se satisfacen en dos de los cargos presentados –principal y primero subsidiario-, puesto que la demandante, en contravía de tales precisiones, no postuló ni demostró en debida forma la configuración de uno de tales motivos.

3. Así, en cuanto al primer reproche, relativo a la incursión en un error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento, si bien la censora reseñó apartes de los testimonios de Jhon William Gómez Lancheros y Carlos Andrés Flórez Vargas que no aparecen referidos en las sentencias y que por lo mismo, afirma, fueron ignorados por el Tribunal -lo cual en principio encuadraría en el tipo de error referido-, lo cierto es que dicha circunstancia no soporta conclusión diferente a la indicada en la decisión condenatoria.

En efecto, manifestó la libelista que los falladores –tanto el de primera como el de segunda- acogieron la versión exculpatoria del coprocesado Rey Pinzón, al tener correspondencia con las declaraciones de los oficiales de Migración Colombia Gómez Lancheros y Flores Vargas,

en punto a que indicó “haber visto ese desplazamiento del nombrado con los deportados hasta la oficina de policía judicial en el video de circuito cerrado de seguridad de las instalaciones migratorias cuya existencia fue corroborada además por Carlos Andrés Flórez Vargas” al igual “en cuanto confirma que los nacionales quedaron a cargo de BERNAL RIVERA, que seguidamente hizo ingresar a los dos hombres a la celda ubicada dentro de la oficina de Policía Judicial, en lo específico, porque uno de ellos le admitió ‘que tenía un problema’, cuya naturaleza no recordó. En cambio, que una situación diferente sucedió con Martha Ligia Barrero García, pues para esa época no existían calabozos de detención transitoria para mujeres, pero quien quedó en la parte posterior de esas dependencias, como pudo verificarlo el ahora condenado.”²

Señalamiento que sí corresponde con lo advertido en las providencias, ya que los dos testificantes apoyaron la versión de Omar Alexis Rey Pinzón respecto de que la ciudadana deportada no ingresó a la oficina de Policía Judicial donde se encontraba BERNAL RIVERA, sólo que dicha información fue complementada con lo narrado por el declarante sindicado, respecto a que dicha determinación obedeció a que al interior de dicha dependencia no había sala de detención transitoria para mujeres, lo cual no obstó para que informara al Jefe de turno –procesado recurrente- de su presencia, con el propósito de que se continuara con el trámite de rigor.

De allí que, contrario a lo sostenido por la casacionista, en la providencia la consistencia de los relatos se predicó respecto de ese sustancial asunto, y en modo alguno se consignó que los declarantes observaron en los videos que revisaron –y que no fueron aportados al proceso- un contacto directo del hasta ahora sentenciado con la pasajera colombiana deportada.

Más cuando el juicio de responsabilidad se efectuó bajo el entendido que EDWIN RENÉ BERNAL, Jefe de turno, y quien cumplía funciones de policía judicial acorde con las Resoluciones 0001 de noviembre 30 de 2011 y 00313 de abril 25 de 2012 y del Decreto Ley

4062 de 2011, como encargado del registro de novedades, no efectuó la correspondiente al ingreso de Martha Ligia Barrero García en el libro de minutas, a pesar de que fue enterado de su llegada junto con otras dos personas a quienes sí se les realizó el procedimiento, omitiendo así cumplir con su deber funcional; conclusión a la cual de forma alguna se llegó bajo el supuesto fáctico que el enjuiciado recurrente fue visto con la evadida, ya que se dejó claro que ella nunca ingresó a la oficina en mención, no obstante sí se le informó de su deportación.

Entonces, aun de admitirse que el Juez, singular y colegiado, ignoró los apartes indicados en la demanda, la decisión adoptada no variaría, y la simple circunstancia de no haberse hecho mención a lo subrayado en la demanda no se traduce en el yerro denunciado, ya que no se demostró que al momento de valorar dichas pruebas, se varió su contenido material para ponerlas a decir cosa distinta, producto de su mutilación.

Luego, el falso juicio de identidad que se predica, está ausente de constatación y por ello, el cargo no se admite.

4. Por otra parte, respecto del segundo reproche, la censora olvidó que tratándose de la causal primera de casación, la fundamentación del cargo que se invoque debe estar ajena a cualquier debate probatorio y/o fáctico, como quiera que su esencia se circunscribe a cuestiones exclusivamente jurídicas, condición que no respetó al momento de sustentar el cargo al discutir la fijación de los hechos enrostrados en la sentencia.

En ese sentido, rebatió la defensora que en el curso de las instancias se haya tenido por acreditado supuestos fácticos distintos a los expresados en la acusación, bajo el entendido que debieron mantenerse literalmente de acuerdo con el escrito, sin detenerse en que en él tan sólo se hacía una descripción de los hechos jurídicamente relevantes que en algunas ocasiones pueden relatarse de forma diversa una vez concluida la etapa de juzgamiento, según acaeció en el presente asunto.

Cosa distinta es que la imputación fáctica se desconozca o se varíe, caso en el cual eventualmente sí se podía sustentar una violación al principio de congruencia, no obstante, ello no se corresponde con la causal primera de casación sino con la segunda con el lleno de las condiciones que ella exige y que no fueron puestas de presente por el abogado.

Además, en gracia a discusión, se observa que contrario a lo aseverado por la demandante, fueron consistentes los hechos jurídicamente revelados en la audiencia de imputación, con los sostenidos en la acusación y afirmados en las sentencias, ya que en todo momento se tuvo claridad que a las personas imputadas –oficiales de migración- se les atribuía la comisión de los delitos de prevaricato por omisión y favorecimiento de la fuga, por los hechos sucedidos el 10 de agosto de 2012, en el aeropuerto Internacional el Dorado, día en que la ciudadana colombiana, Martha Ligia Barrero García, ingresó al país deportada de México, en el vuelo 045 de la aerolínea Avianca, sin que fuera registrado su ingreso y presentada ante los filtros de migración pertinentes, lo cual impidió que fuera aprehendida en razón de una orden de captura vigente.

Que si bien es cierto en la imputación inicial e incluso en la acusación se hizo mención al pago de contraprestación por ese actuar, la omisión de tal punto en la sentencia simplemente obedeció a que no se probó, lo cual no desvirtuaba la comisión del delito de prevaricato por omisión, como allí se explicó.

Con fundamento en lo anterior, los cargos relacionados, serán inadmitidos.

5. Contra la anterior determinación es viable el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado en CSJ AP, 12 Dic. 2005, Rad. 25006 y de acuerdo al plazo precisado en CSJ AP3481-2014.

6. Por otra parte, por cuanto reúne los requisitos establecidos en el artículo 184, inciso segundo, de la ley 906 de 2004, la Sala admite el cargo segundo subsidiario de la demanda

y en su oportunidad procederá a fijar fecha para la audiencia de sustentación del mismo.

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

RESUELVE:

1. No admitir los cargos 1 y 2 (principal y subsidiario) de la demanda presentados por el apoderado de EDWIN RENÉ BERNAL RIVERA.

Contra esta decisión, procede el mecanismo de insistencia.

2. Admitir el segundo cargo subsidiario de la demanda, sustentado en la causal 1 del artículo 181 de la ley 906 de 2004. Oportunamente se fijará fecha para audiencia de sustentación del mismo.

3. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 63, cuaderno Tribunal

2 Folio 36, cuaderno Tribunal

1