

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Luis Guillermo Salazar Otero

Magistrado Ponente

SP4054-2014

Radicación no. 39629

Aprobado Acta No. 93

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil catorce (2014)

ASUNTO

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Andrés Alberto Vásquez Moreno, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 6 de marzo de 2012, confirmatoria de la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Descongestión, que condenó al procesado a la pena de 34 meses de prisión y multa de 422 s.m.l.m. como responsable de los delitos de calumnia e injuria.

ANTECEDENTES

El 26 de abril de 2007 el ciudadano José Antonio Name Terán denunció la existencia de documentos difundidos a través de correos electrónicos pertenecientes, entre otros, a Antonio Abello Vives y Milena Ovalle Llinás, mediante los cuales se hacían afirmaciones

injuriosas y calumniosas en su contra bajo los títulos: “El más grande ladrón de Barranquilla” y “La coronación anticipada de José Name Terán”, querella ratificada el 11 de mayo de ese año (fl.22).

El 8 de mayo posterior fue admitida demanda de parte civil, dentro de la cual se aportaron copias de los mismos y otros correos electrónicos en similar sentido y de calendas anteriores, difundidos, entre otros por Carlos Eduardo Pimienta Tatis, Ricardo Vengoechea, Julia de León, Regina Acevedo, Carolina Acevedo y Alex Acevedo.

El día 11 de ese mes y año la Fiscalía 41 Seccional dispuso formal apertura investigativa (fl.27), vinculándose mediante indagatoria el 24 de mayo a Antonio Ignacio Abello Vives (fl.54) y el 14 de junio a Carlos Eduardo Pimienta Tatis (fl.150).

Enseguida, a través de diversos memoriales aportados por la parte civil, se reclamó la extensión de los delitos imputados al de concierto para delinquir, atendiendo el volumen de los distintos correos que circulaban por internet y publicaciones como la de El Heraldito de Barranquilla del 31 de mayo en la cual se da cuenta que en contra de políticos locales, entre ellos José Name, entonces aspirante a la Gobernación del Atlántico, había por lo menos “106 cibernautas” que habrían enviado correos electrónicos difamatorios (fl.103). El 20 de junio, este mismo sujeto procesal aporta nuevos correos que aduce difundidos el día anterior y que atribuye a “Andrés Vásquez” (fl.169). La Fiscalía 41 Seccional mediante resolución del 21 de junio declaró “tener como prueba” los anteriores documentos (fl.186). El 19 de julio la parte civil acopió nuevos correos electrónicos difundidos por otras personas (fl.31 y ss c.2).

El 29 de agosto, la Fiscalía remitió ante la “oficina de asignaciones” copias de algunos de los referidos correos calificados de difamatorios en contra de José Name, remitidos por Lida Acuña Cajar, con miras a su investigación (fl.83 c.2).

Los días 27 de septiembre, 23 de noviembre y el 22 de octubre de 2007 fueron vinculados

como personas ausentes Ricardo Vengoechea Cepeda (fl. 137 c.2) y Andrés Alberto Vásquez Moreno (fl.169) y mediante indagatoria Milena Otilia Ovalle Llinas (fl 144).

Previo el cierre instructivo (fl.257 c.2), el 7 de abril de 2009 fijando como marco fáctico los hechos de que se ocupara la querella, precluyó cualquier investigación en favor de Carlos Eduardo Pimienta Tatis, Ricardo Vengoechea Cepeda, Antonio Ignacio Abello Vives y Milena Otilia Ovalle Llinás y profirió resolución acusatoria en contra de Andrés Alberto Vásquez Moreno, por correos enviados el 19 y 21 de junio a través de las páginas “www.noscontaronporinternet.com” y www.politicalconcep.com, por los delitos de injuria y calumnia (fl.61 c.3).

Tras cobrar ejecutoria la acusación el 29 de abril postrer y una vez repartido el expediente, se tramitó la fase del juicio y se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos inicialmente glosados.

DEMANDA

Cuatro son los reparos que propone el defensor de Andrés Alberto Vásquez Moreno contra el fallo impugnado, todos con respaldo en la vía de nulidad, que sustenta inicialmente en postulados generales sobre las garantías fundamentales conculcadas al ciudadano Vásquez Moreno, expresados en quebrantos a la propia legitimidad de la actuación, toda vez que los hechos imputados no fueron objeto de querella; al derecho de defensa técnica, por la absoluta orfandad defensiva; también defectos manifiestos en la resolución de acusación y frente a la propia sentencia en que el Tribunal agravó la pena con violación del debido proceso.

Inquieta el actor sobre el “desgreño y desgano, la pereza intelectual y el facilismo” de la sentencia impugnada, en no dar imperativa respuesta a los reparos hechos a la sentencia de primer grado, conforme lo ha destacado la Corte (Rad. 28432/07).

Así, el primer ataque advierte cómo se condenó a Vásquez Moreno por hechos que no fueron objeto de la querella presentada, sino muy posteriores a la misma, sustentado el Tribunal equivocadamente en la figura de la extensión de la querella, cuando ésta se ha concebido para todos los autores del hecho querellado y no para todos los hechos indistintamente.

Sobre el particular, hace notar que José Name Terán querelló respecto de correos generados el 24 y 25 de abril de 2007, que no han sido atribuidos a Vásquez Moreno y en su versión del juicio recabó no ser su autor, así como tampoco respecto de aquellos generados el 30 y 31 de enero de ese mismo año y de la misma manera no le pertenecen los incorporados a la red el 30 y 31 de mayo, en donde aparecen otros remitentes. Vásquez admitió haber creado correos del 19 y 21 de junio, pues además llevan su plena identificación; en iguales condiciones están los correos cuyo aporte también se debe a la parte civil, en relación con los cuales la Fiscalía compulsó copias y que involucran a Lida Acuña Cajar.

Para el demandante, nada distinto correspondía a la Fiscalía, según su propia postura jurídica respecto de éstos últimos correos, que proceder de la misma manera en relación con aquellos atribuidos a Vásquez, que “compulsar” copias por tratarse de hechos diversos a los objeto de querella.

Argumenta en consecuencia, que en relación con los hechos por los cuales se ha juzgado a Vásquez Moreno “no hubo querella”, siendo la extensión de la misma un elemento personal y no factual, esto es, que se extiende a todos los intervinientes en los hechos denunciados y no a todos los hechos posibles, sin que por demás se pueda entender la actividad de la parte civil como suplemento de la del querellante, sabido que no cabe tenerla por víctima directa, salvo la excepcional representación con ese fin otorgada y no es este el caso.

Sin el presupuesto procesal de la querella, para el actor, sólo podía el juez disponer la cesación de todo procedimiento en favor de Vásquez Moreno.

El segundo cargo aduce violación al derecho de defensa técnica, hace notar que la designación de un abogado de oficio absolutamente inactivo no implica la protección de este derecho, máxime cuando previamente se remitieron comunicaciones de comparecencia a una dirección errada y con base en las mismas se produjo la vinculación como persona ausente del imputado. Finalmente, por encontrarse fuera del país, éste es enterado de este proceso apenas al regreso y en desarrollo de la audiencia preparatoria a que asiste, después de múltiples aplazamientos, advertido por el Juez que carece de defensor, le designa de nuevo el mismo de oficio que se le nombrara durante la investigación y que no desarrollara absolutamente ninguna actividad.

De este modo, para el libelista surge diáfana la nulidad de la actuación a partir de la declaratoria de persona ausente, con mayor razón cuando desde 2007 se adelantaba una investigación en contra de Vásquez Moreno y a sus espaldas, sin que el abogado designado realizara actividad alguna a su favor, pese a existir copiosa jurisprudencia de esta Sala que reitera dicha obligación en cabeza de los profesionales del Derecho y cuya cita emplea.

Se trata, por demás, de una irregularidad insubsanable, con mayor razón cuando concurren los principios que regulan las nulidades y se le debió brindar al imputado la oportunidad de alegar la falta de legitimidad de la querella y que en todo caso no era responsable de la totalidad de los correos, lo que le implicaba allegar evidencias en este sentido, todo lo cual pone de presente la trascendencia del vicio anunciado.

La tercera tacha acusa vulneración del debido proceso por ausencia de una

debida motivación de la resolución acusatoria, pues resulta “confusa, anfibológica, inentendible”, como se desprende del propio enunciado de los hechos, en donde se predica a la vez que se trata de afirmaciones injuriosas y calumniosas abarcando genéricamente todos los eventos de correos aducidos, e igualmente de la enunciación de las pruebas allegadas en donde se identifican la mayoría de dichos correos con algunas de las personas vinculadas al proceso, dejando por demás una confusa constancia, de acuerdo con la cual queda en “claro”, dice la acusación “que en este proceso, no se ha explicado la procedencia de los correos electrónicos”, excepto los generados el 30 de mayo de 2007 y vistos al folio 193.

Para el censor, hay afirmaciones en orden al dolo que se dice no concurren respecto de los demás vinculados al proceso, como también sobre la manera en que fueron aportados los diversos correos al expediente, esto es, invadiendo la privacidad de los dueños de dichos espacios.

Sostiene enseguida que es tal la ambigüedad de la acusación que se ignora en la sentencia por cuáles hechos, específicamente, se condena a Vásquez, la generalidad según la cual incurrió en injuria y calumnia, sobre cuyos supuestos tampoco hay claridad, imposibilita saber si está referido a un concurso de conductas de esa índole y entonces determinarlas, con mayor razón cuando, como es ostensible, dicha decisión sólo aludió sin distingo a contenidos injuriosos, pero no a calumniosos.

Finalmente, repara en la manifiesta desatención sobre sus alegatos tanto en primera como en segunda instancia, como la absolución por atipicidad relativa, o por error de tipo respecto del delito de injuria y atipicidad absoluta respecto del de calumnia.

Por lo anterior estima que el proceso debe ser anulado a partir de la acusación.

Acusa en último lugar quebranto del debido proceso, sobre la base de que el Tribunal agravó la conducta delictiva, con desmedro de la sentencia impugnada y apartándose

del marco fáctico y jurídico, al deducir una circunstancia agravante no imputada, con quebranto del principio de congruencia.

Concepto de la Procuradora Tercera Delegada en lo Penal

Para la Procuradora Delegada los tres primeros cargos propuestos no pueden prosperar y sólo el último referido al incremento de la sanción por parte del Tribunal tendría vocación de éxito.

En efecto, en relación con la “falta de legitimidad de la querella”, que dice corresponde al primer reparo, los correos habrían tenido origen en páginas web de propiedad del acusado y éste habría aceptado su autoría. Entiende que los hechos investigados se relacionan con “la totalidad de los correos”.

De otra parte, respecto del segundo ataque, afirma la Delegada que el actor no demuestra menoscabo al derecho de defensa y para demostrarlo, sostiene que durante el juicio pidió aplazamiento de la audiencia preparatoria y después acudió al juicio. Además, no puede contrastarse la intervención del defensor de oficio con nuevas alternativas que de la misma asume el censor debió tener.

En tercer lugar, pondera la Procuradora la resolución acusatoria, encontrándola plena de los requisitos legales y suficiente en orden a los presupuestos para acusar.

Finalmente, estima vulnerado el derecho a la defensa por parte del Tribunal, al incrementar la sanción de primera instancia a través de una circunstancia no imputada, por lo que debe casarse sobre el particular la sentencia.

CONSIDERACIONES

A través de la primera censura, conforme quedó visto, puso en cuestión el actor en este caso la inexistencia de querella en relación con los hechos que fueron objeto de condena, toda vez que por los mismos no fue presentada por el ofendido, y el juez de manera flagrantemente equivocada, a través del principio de extensión de la querella, comprendió otros hechos y no, como es característico y propio de dicha figura, a otros intervinientes, restricción que lo conduce a reclamar como decisión adecuada a estos supuestos el cese de todo procedimiento.

Siendo este el contenido del ataque propuesto, impera en primer orden recordar que por mandato constitucional y desarrollo legal (arts. 250 y 66 de la Carta Política y el C. de P.P., respectivamente), la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, cuyo cometido es investigar la verdad respecto de los hechos que ostenten carácter delictivo, de oficio, o que sean puestos en su conocimiento a través de denuncia, petición especial o querella.

A su vez, la querella se ha concebido como una condición o presupuesto indispensable para el válido ejercicio de la acción penal y consiste en una declaración de voluntad ante el aparato jurisdiccional del Estado, en orden a poner en su conocimiento la noticia críminis y ejercer la acción penal en relación con aquellos delitos que no pueden ser perseguibles de oficio.

Ostenta por ello un eminente carácter potestativo y restrictivo, toda vez que se trata de buscar el patrocinio jurisdiccional respecto de conductas calificadas de delictivas que sólo pueden ser perseguidas a instancia de parte, o lo que es igual, eventuales delitos en relación con los cuales sólo se activa el aparato judicial a través de la acción penal privada para el inicio del procedimiento, razón por la cual suele ser valorada como condición de punibilidad, bajo el claro entendido que sin la iniciativa particular contra un hecho constitutivo de delito que requiere querella

ninguna autoridad judicial puede ejercer el ius puniendi.

El art. 31 de la Ley 600 de 2000, aplicable en este caso dada la fecha de los hechos (en terminología análoga a la que emplea el art. 70 de la Ley 906 de 2004), califica la querella de condición de “procesabilidad” de la acción penal, en una deformación de la expresión original que el profesor Carnelutti utilizara como condición de “procedibilidad”, quizás asumiendo que la querella es presupuesto procesal pese a que ésta expresión se define como exigencia para que pueda ser válido un proceso y aquélla elude cualquier activación del mismo y se ha entendido en general como un permiso que el particular le concede al funcionario competente para que pueda dar impulso a la investigación penal; naturaleza originaria de la institución a través de la cual al tiempo que se hace prevalecer el interés privado sobre el público frente a determinadas conductas, como desarrollo de la discrecionalidad de la persona que se afirma ofendida, quien es el legítimo querellante, provoca una restricción respecto de los hechos en relación con los cuales se incoa, constituyendo para el funcionario judicial un derrotero o límite desde lo fáctico del ejercicio de impulsión oficiosa y de averiguación, pues la intervención judicial una vez activada la acción penal en razón de la índole privada hace elocuente la restricción para el Estado, configurando por dicho motivo un límite sobre el contenido y alcance de la indagación punitiva, salvedad, según se verá, al hacerse extensiva la persecución penal exclusivamente a otros partícipes en los concretos hechos querellados, conocidos o no por parte del querellante.

En efecto, cuando el art. 33 de la Ley 600 prevé (art. 72 Ley 906 de 2004), que la querella se extiende de derecho contra todos los que hubieren participado en la conducta punible, como con acierto lo hace notar el actor, contempla un elemento personal y no factual, o lo que es igual, posibilita la injerencia de la oficiosidad a personas no referidas por el actor, de donde le es dable practicar todas aquellas pruebas orientadas a verificar los hechos señalados en la querella y a todos aquellos sujetos a quienes les sean

imputables, al margen de que sean para el denunciante ignotos, normativa que tiene origen en el principio de indivisibilidad de la querella y que por ende viabiliza la acción del Estado jurisdiccional contra todos los responsables en los hechos querellados.

El carácter restrictivo de la querella en los términos en que la ley lo ha previsto y doctrina por lustros reconoce, se manifiesta en otras figuras aledañas y consecuentes con su origen y naturaleza, pues así como se exige en relación con delitos como los de injuria y calumnia, debiendo concretarse las circunstancias modales en que se produjeron las expresiones de esta índole que las configuran, al sujeto pasivo que le corresponde activar el aparato judicial es al único que también atañe el desistimiento y correlativamente, sólo al sujeto activo de dichos delitos la retractación, haciéndose relevante que la víctima u ofendido tiene plena discrecionalidad tanto para activar el aparato judicial, como para enervar su acción por desistimiento respecto de los hechos querellados y no sobre otros análogos, pues es de su voluntad en relación con cuáles de quienes han incurrido en conductas de injuria o calumnia, procede la inhibición punitiva por desistimiento o remisión y consiguiente extinción de la acción penal.

La querella es así, como se ha dicho, un acto formal que no admite equivalentes y esa promoción o patrocinio jurisdiccional que excepcionalmente se incoa en relación con unos hechos demarcados temporalmente, determinan a su vez el ámbito de la intervención judicial oficiosa, sin que quepa extenderla a otros por asimilación o por exceso o celo investigativo, bajo el principio general de la intervención ilimitada que suele ser la regla en el derecho punitivo, con directa repercusión en el plazo perentorio o caducidad que se predica respecto de cada hecho individualmente considerado y en forma independiente.

Sobre este particular, ya doctrina antigua y con plena actualidad de la Sala (A.P. 31 de enero de 1994. Rad.9010), ha decantado que no puede perderse de vista “que el delito

de calumnia es de aquellos que requieren querella para su investigación y por ello es el ofendido quien tiene el poder de disposición sobre la acción penal. De suerte que aunque hubiese sido víctima de varios delitos de calumnia, si el sujeto pasivo sólo desea denunciar uno de ellos la Administración de Justicia no puede extenderse a los demás”.

Si bien una vez incoada la querella, el proceso se adelanta por impulsión oficiosa, tiene por parámetro restrictivo de referencia el marco fáctico querellado y conlleva una cortapiza como lo es no poder actuar sobre otros hechos que surjan en desarrollo de la investigación, trátase o no de conductas de la misma índole, estándole por consiguiente vedado al funcionario no sólo su pesquisa, sino cualquier actividad para que se indaguen, como compulsar copias en relación con los mismos, pues en uno y otro caso se carece de competencia y el trámite no se depura ante la evidente ausencia de querella válida para actuar.

Pues bien, ciertamente, según lo adviera el reproche propuesto contra el fallo impugnado y se evidencia en la síntesis procesal, el ofendido José Antonio Name Terán promovió querella el 26 de abril de 2007, que amplió el 11 de mayo del mismo año, dando cuenta de correos difundidos por diversos usuarios en internet en los meses de enero y abril de ese año, en donde se le hacían “infamantes, calumniosas y graves imputaciones”, mismos hechos materia de persecución penal instado desde la perspectiva de búsqueda de reconocimiento de una indemnización a que aludió la parte civil en demanda presentada el 30 de abril de dicha calenda.

Como también fue reseñado, por estos hechos, se produjo la vinculación de diversas personas que participaron en la difusión de correos electrónicos (sin comprender en todo caso a más de un centenar de cuantos intervinieron en esa actividad dentro de dichos correos), pero extendiendo el objeto de investigación, inclusive, a nuevos

hechos acaecidos en fechas posteriores, con contenidos distintos que hacían referencia a Name Terán, de las que puso en conocimiento la parte civil en su prolija intervención y que se logró establecer pertenecían a otros cibernautas, entre quienes se cuenta Andrés Alberto Vásquez Moreno.

La Fiscalía 41 Seccional de Barranquilla, mediante resolución del 29 de agosto de 2007 (fl.84 c.2), a partir de la intervención y copioso aporte de documentos de la parte civil que puso al descubierto nuevos hechos atentatorios del honor y la honra de su mandante diversos de los querellados, asumiendo el operador judicial que no debía ocuparse de los mismos, negó vincular a Lida Acuña Cajar a la investigación, pese atribuírsele la difusión de correos difamatorios en contra, entre otros de Name Terán, pero decidió inesperadamente remitir el asunto “a la Oficina de Asignaciones”, como si en relación con los mismos se pudiera proseguir de oficio.

Por manera que, siendo las nuevas publicaciones por internet de contenidos diversos, hechos evidentemente distintos de los querellados y encontrándose entre éstos aquellos atribuidos a Vásquez Moreno, quien aceptó en el juicio ser su creador, no existía en relación con los mismos querella válida y si para la Fiscalía no había lugar a su investigación en este asunto, como sucedió con aquellos imputados a Lida Acuña Cajar y tampoco, desde luego, facultad legal alguna existía para disponer su oficiosa investigación, no podían quedar comprendidos en la resolución de cargos con posterioridad proferida.

Aun reconociendo la naturaleza dispositiva que es propia de la parte civil, tratándose de hechos que se investigan en virtud de querella, no le es dable a este sujeto participar en desarrollo de la actuación más allá de procurar una condena indemnizatoria por los hechos querellados, con mayor razón cuando el poder de la oficiosidad está orientado a verificar si los daños y perjuicios reclamados se derivan de la conducta denunciada, no de toda suerte de conductas, así involucren el

rango de bienes jurídicos de igual naturaleza, pues lo determinante es que respecto de otros hechos es presupuesto sine qua non que medie querella o se comprendan expresamente en ratificación de la misma por el ofendido.

A la parte civil no se otorgó poder para que ejercitara el derecho de querella a nombre de José Name Terán, quien por el contrario directamente, como ofendido y titular del mismo, lo activó, sino simplemente para que lo asistiera en la representación de lograr una condena indemnizatoria. No se trató por ende de un mandatario especial.

En este sentido se expresa Manzini en el Tomo IV de su colosal Tratado, cuando señala:

“El ofendido por el delito (aunque no tenga calidad de sujeto procesal) tiene facultad, simultánea o sucesivamente a la presentación de la querella, para producir memorias escritas en apoyo de esa misma querella, indicar elementos de prueba y proponer indagaciones para la comprobación de la verdad.

Ya hemos visto que la constitución de parte civil no equivale a la querella, pues con ella sólo se manifiesta la voluntad de conseguir el resarcimiento del daño o las restituciones. Por tanto, cuando se procede por un delito perseguible de oficio que luego resulte punible sólo mediante querella, la constitución de parte civil no suplirá a la querella, si la parte civil no es, por lo menos, denunciante”.

Siendo ello así, razón asiste al actor en considerar que imputados en la acusación y correlativamente en la sentencia, hechos que fundaron la condena y en relación con los cuales no se formuló válidamente querella, el cargo prospera, haciéndose consecuentemente inestudiables las demás censuras, pues corresponde a la Corte casar el fallo y ordenar la cesación de todo procedimiento en favor de Andrés Alberto Vásquez Moreno.

En mérito de 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. Casar el fallo impugnado.

1. Decretar la cesación de todo procedimiento en favor de Andrés Alberto Vásquez Moreno.

1. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria