República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado ponente

SP822-2018

Radicación No. 49730
(Aprobado Acta No. 134)

Bogotá, D.C., dos (02) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA contra la sentencia dictada por el Tribunal Penal Militar, por cuyo medio se confirmó la proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bucaramanga, que condenó a los citados como coautores del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

Los primeros fueron declarados por el *ad quem*, con fundamento en la resolución acusatoria, en los siguientes términos:

> *Manifestó LUIS CARLOS ALVES LOUREIRO (denunciante), que el día 13-01-2010, siendo aproximadamente las 10:00 de la mañana, llegaron a su residencia* [casa 2 de la primera etapa de la urbanización Portal de Belén, sector Barro Blanco, municipio de Piedecuesta (Santander)]*, 5 uniformados…* [dispuestos a] *sacarlo como fuera de la casa* [que estaba ocupando de hecho]*, quienes quitaron una ventana, ingresando dos policías por la misma y uno por el techo, lo golpearon y lo esposaron. Acto seguido, lo sacaron por la ventana y fue conducido a la estación de policía metiéndolo al calabozo hasta que llegaron sus abogados. Posteriormente, los uniformados hicieron un reporte de los hechos que no se ajustaba a la realidad, razón por la cual… se negó a firmar. Después fue llevado hasta la casa nuevamente y dejado allí.*

Con fundamento en ese acontecer fáctico, en el Juzgado Ciento Noventa de Instrucción Penal Militar, una vez se admitió la demanda de constitución de parte civil, fueron vinculados mediante diligencia indagatoria JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA, GABRIEL LOZANO PEÑA, ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA, ANDRÉS FELIPE MORENO CORTINA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ, a quienes se les resolvió su situación jurídica provisional sin imponerles medida de aseguramiento.

Clausurada la investigación, el 10 de octubre de 2012, en la Fiscalía Ciento Cuarenta y Cuatro Penal Militar, se profirió resolución acusatoria contra JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA, LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ, GABRIEL LOZANO PEÑA, ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA y ANDRÉS FELIPE MORENO CORTINA, así: a los dos primeros como coautores de los delitos

de lesiones personales y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (arts. 111, 112-1 y 416 del C.P.), mientras que a los tres restantes se los convocó en la misma calidad pero solo por la conducta punible citada en último término.

Apelada esa determinación por el defensor del implicado MORENO CORTINA, el 8 de julio de 2013, el Fiscal Tercero ante el Tribunal Superior Militar, la revocó en parte, en consecuencia, dispuso el cese de procedimiento en favor del citado por el delito por el que había sido acusado.

En firme esa decisión, en el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bucaramanga, se realizó el control de legalidad de la actuación y se decretó la iniciación del juicio, de manera que agotada la Corte Marcial, el 28 de octubre de 2015 se condenó a los procesados JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ como coautores de los delitos de lesiones personales y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, imponiéndoseles las penas de 1 año y 15 días de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, a quienes se les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

De otra parte, por igual se condenó a GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA, pero solo como coautores de la conducta punible de abuso de autoridad por

acto arbitrario e injusto, fijándoseles las penas de pérdida del empleo o cargo público y multa de un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de los hechos.

Esa decisión fue apelada por los defensores de los acusados, siendo confirmada el 29 de agosto de 2016 por el Tribunal Penal Militar.

Inconforme el apoderado de los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA con esa determinación, presentaron recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Primer cargo:

Al amparo de la *"causal segunda"* prevista en el *"artículo 181 de la Ley 906 de 2004"*, en concordancia con el *"artículo 368,* [inciso 3°] *y ss. de la Ley 522 de 1999"*, el recurrente denuncia el desconocimiento del debido proceso.

Al respecto expresa que a pesar de que en la diligencia de indagatoria a los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA se les imputó el delito de abuso de función pública previsto en el artículo 428 del Código Penal y luego, al resolvérseles su situación jurídica provisional, se

mantuvo la misma adecuación típica, ya para la resolución acusatoria se cambió esa calificación y, en consecuencia, se les dedujo la conducta punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto consagrada en el artículo 416 *ibídem*, lo cual se reiteró en las sentencias de instancia.

En esa medida, el censor considera que los implicados no tuvieron oportunidad de oponerse directamente a la imputación que a la postre se les endilgó.

Una vez el libelista aduce que la imputación jurídica se debe realizar en la diligencia de indagatoria, trae a colación tanto el contenido de la resolución acusatoria como de la sentencia de primer grado, con el propósito de concluir que en éstas se trató el delito de *"abuso de función pública"*, mas no el ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Señalado lo anterior, el impugnante pone de presente que tanto la Fiscalía Penal Militar como el Juzgado de Primera Instancia, desconocieron el debido proceso y el derecho de defensa, pues en lugar de retrotraer la actuación para formular la imputación de manera correcta, valga decir, por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, se limitaron a deducirla en la sentencia, en donde incluso se insinúan otros delitos sin precisar cuáles.

Expresa el libelista que como los implicados se defendieron del delito de abuso de función pública, mas no del ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, por ello se les afectó el derecho de defensa.

Aduce el recurrente que si bien los cargos formulados en la diligencia de indagatoria son provisionales, ello no quiere decir que en esa oportunidad no se deba hacer una imputación tanto fáctica como jurídica clara y completa, tras lo cual cita criterio de autoridad (CSJ SP, 27 ago. 1992, rad. 6440) con el propósito de indicar que en el asunto de la especie se afectó el debido proceso y el derecho de defensa.

Añade que en el caso particular el perjuicio se deriva de que los procesados se defendieron de la imputación deducida en la indagatoria, pero otra fue la que se atribuyó en la acusación y la sentencia.

De otra parte, expresa que lo único que hicieron los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA fue apoyar el desalojo que decidió realizar el policial JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA, a pesar de que la competencia para ello radicaba en el alcalde del municipio.

Luego el censor cuestiona que en la resolución acusatoria no se haya hecho diferencia entre los elementos

estructurales del delito de abuso de función pública y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, toda vez que se toman los de aquél para deducir el último.

Una vez refiere que lo propio ocurre en la sentencia de primer grado, agrega que si la conducta del uniformado JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA fue diferente a la de los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA, no era posible que a todos se les atribuyera el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, pues incluso tanto al primero en mención como a LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ, adicionalmente se les dedujo el ilícito de lesiones personales.

De otra parte, el censor afirma que de haber prevalecido la imputación por el delito de abuso de función pública conforme se hizo en la diligencia de indagatoria a los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA, se les habría absuelto por dicha conducta punible, como en efecto ocurrió respecto del policial ANDRÉS FELIPE MORENO CORTINA.

Ahora, una vez reitera que la censura es trascendente por cuanto se desconoció el debido proceso y el derecho de defensa, pide que se case la sentencia y que se decrete la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación.

Segundo cargo:

De la confusa redacción de la censura se extrae que con apoyo en la causal prevista en el *"numeral 1º del artículo 181"* de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 368 y sucesivos de la Ley 522 de 1999, el censor denuncia que el Tribunal incurrió en la violación directa de la ley por *"aplicación errónea de una norma"*.

Al respecto expresa que en la resolución acusatoria y en las sentencias de instancia se tipificó equivocadamente la conducta realizada por los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA, toda vez que se concluyó que se trataba del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (art. 416 C.P.), cuando en realidad debió deducírseles el de abuso de función pública (art. 428 *ibídem*).

Al respecto aduce que a pesar de que la Fiscalía, al proferir la resolución acusatoria, estructuró el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto en los elementos propios de la conducta punible de abuso de función pública, terminó convocando a Corte Marcial a los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA por el primero de dichos ilícitos.

En ese sentido, indica que en el pliego de cargos se sostuvo que *"los procesados no podían desde ninguna óptica cometer el ilícito que se les endilgó en sede de instrucción por*

cuanto este tipo de abuso no comporta la mera actividad de policía como en el caso concreto, sino la usurpación de funciones de policía asignadas legalmente al alcalde" y más adelante se sostiene que los policiales *"se adentraron en la realización de un procedimiento policial de lanzamiento por ocupación de hecho, con el solo requerimiento de una ciudadana"*.

Agrega el recurrente que en la sentencia de primer grado se aseveró que los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA no fueron *"acusados únicamente y exclusivamente por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, traducido en haber usurpado las funciones del alcalde del municipio de Piedecuesta como lo presentó…* [el defensor] *a lo largo de todos los alegatos de conclusión…* [pues] *la tesis planteada por el abogado no es cierta, luego entonces sus argumentaciones no están llamadas a prosperar"*.

Así las cosas, el demandante afirma que tanto la Fiscalía como el juez *a quo* advirtieron la existencia del delito de abuso de función pública mas no el de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, de manera que no era posible tipificar la conducta de los implicados con fundamento en este último ilícito, por cuanto se trata de uno de carácter genérico.

Aduce que por tal motivo se dejó en *"desventaja jurídica"* a los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA al generalizar su comportamiento en coautoría con quienes conocieron, dirigieron y tomaron las decisiones en el caso de policía, como lo fueron DANIEL BARAJAS RIVERA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ *"a quienes directamente se les endilgó la realización de un lanzamiento por ocupación de hecho cuando su rol no abarcaba esa competencia sino en la primera autoridad del municipio… siendo los aquí recurrentes en casación simples auxiliadores en apoyo al llegar al sitio de los hechos en compañía de ANDRÉS FELIPE MORENO CORTINA…"*.

Afirma entonces la defensa que tanto la Fiscalía como los juzgadores de instancia *"aplicaron erróneamente"* el artículo 416 del Código Penal, pues en este asunto han debido acudir al artículo 428 *ibídem*, a raíz de lo cual se deriva el perjuicio para los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA, pues el esfuerzo de la defensa se encaminó a demostrar su proceder dentro de la ley con miras a desvirtuar la estructuración del delito de abuso de función pública.

Ahora, una vez reitera lo señalado en precedencia con el fin de enseñar la trascendencia del error en que a su juicio incurrió en la sentencia, expresa que si a los procesados LOZANO PEÑA y LOZANO UMAÑA se les hubiera imputado el delito de abuso de función pública, entonces se les habría

absuelto como ocurrió con el uniformado ANDRÉS FELIPE MORENO CORTINA.

Para finalizar, pide casar la sentencia y que se declare la *"aplicación errónea del artículo 416"* del Código Penal, pues *"el aplicable es el artículo 428" ibídem*, así mismo, que se retrotraiga la actuación hasta la acusación para corregir el error advertido.

CONSIDERACIONES:

I. Cuestión Previa:

Está decantado por la Sala[1] que cuando la actuación se adelanta bajo los derroteros de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar) como ocurre en este caso, el referente normativo para efectos de dar curso a la impugnación extraordinaria es el Estatuto Procesal Penal de 2000, pues así lo dispone el artículo 372 de la ley en cita al consagrar que *"en el trámite subsiguiente a la concesión del recurso se observará el procedimiento previsto para tal efecto en el Código de Procedimiento Penal"*.

Así mismo, cabe señalar que en principio, de conformidad con el artículo 368 de la Ley 522 de 1999, el recurso de casación procede contra las sentencias de

[1] En ese sentido CSJ AP, 8 nov. 2010, rad. 35171, entre otras.

segunda instancia por delitos que tengan pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años y que de no concurrir este requisito, de manera excepcional la Corte puede aceptar la impugnación, cuando lo considere necesario para efectos de desarrollar la jurisprudencia o en orden a garantizar los derechos fundamentales.

No obstante, al respecto es del caso precisar que como la Ley 553 de 2000, norma posterior a la Ley 522 de 1999, reguló de manera integral el recurso de casación y en su artículo 1º, modificatorio del artículo 218 del Decreto 2700 de 1991, dispuso que tal medio de impugnación procedería contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores y Penal Militar por delitos cuya pena máxima privativa de la libertad exceda de 8 años, mientras que en su artículo 20 dispuso que se *"deroga*[n] *todas las disposiciones que le sean contrarias"* y, el Decreto 2700 a su vez fue reemplazado por la Ley 600 de 2000, en la cual, a través de su artículo 205, se reprodujo el artículo 218 reformado, de esto se sigue que el monto de la pena a tener en cuenta para que sea viable la casación ordinaria es este último (8 años), mas no el de 6 años de que trata el artículo 368 de la Ley 522, así que deberá acudirse a la modalidad excepcional cuando la pena de prisión no exceda de los referidos 8 años[2].

[2] En ese sentido, CSJ AP, 20 ago. 2008, rad. 29936.

Señalado lo anterior, conviene indicar que en casos como el presente, en donde como se verá, se debe acudir al recurso de casación excepcional, cuando la Corte analiza la respectiva demanda, concentra su interés en comprobar el cumplimiento de unas precisas exigencias formales, tanto frente a la legitimación, como de crítica lógica y suficiente demostración, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso, conforme se desprende de lo preceptuado al final del inciso 3º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000.

En tal sentido, los requisitos que le son reclamados al impugnante persiguen que el libelo satisfaga unos presupuestos mínimos de coherencia intrínseca, lo que supone contar con interés para demandar, lo cual resulta de haber impugnado el fallo de primer grado sin el éxito esperado, o del hecho que siendo favorable, la sentencia de segunda instancia termine afectando los intereses del no recurrente, respecto de lo decidido por el *a quo*.

A su vez, de acuerdo con el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 372 de la Ley 522 de 1999, es necesario señalar la causal, exponer el o los cargos en sustentación del recurso, expresando los fundamentos y las normas infringidas, así como demostrar su efectiva trascendencia.

El esfuerzo que precede igualmente debe respetar los principios que gobiernan el recurso de casación y en particular los de sustentación suficiente, según el cual, la demanda debe bastarse a sí misma para provocar la anulación del fallo; el de crítica vinculante, por cuyo medio se exige una argumentación fundada en las causales previstas taxativamente por la normatividad vigente y el cumplimiento de los requisitos de forma y contenido, de acuerdo con la seleccionada por el actor y; el de objetividad, conforme al cual la alegación debe guardar absoluta fidelidad con la actuación.

Ahora, conforme se dejó señalado atrás, se evidencia que el caso que concita la atención no permite el acceso al recurso extraordinario de casación por el sendero normal o tradicional, sino por la vía excepcional o discrecional, según se desprende del contenido del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, por cuanto el fallo de segundo grado se dictó por los delitos de lesiones personales (arts. 111 y 112-1 del C.P.) y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (art. 416 *ibídem*) que tienen una pena máxima de prisión de 2 años el primero, mientras que el último no prevé sanción privativa de la libertad.

Ahora, como es claro que en este caso procede el recurso de casación en la modalidad discrecional, cabe señalar que la Sala tiene decantado que se debe argumentar previa y suficientemente sobre el tópico que concite la atención, es decir, bien en relación con el restablecimiento

de derechos fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia.

II. Sobre la obligación de argumentar acerca de la procedencia del recurso de casación discrecional:

Conforme se dejó señalado desde el comienzo, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 372 de la Ley 522 de 1999, en el trámite subsiguiente a la concesión del recurso de casación se deberá cumplir el procedimiento previsto en el Estatuto Procesal Penal de 2000, de modo que en cuanto hace referencia a la modalidad excepcional para acceder a dicho medio de impugnación extraordinario, de manera constante esta Sala[3] ha puntualizado que al libelista le corresponde expresar el motivo que da lugar a la intervención de la Corte dentro de aquellos contemplados en el inciso 3º del artículo 205 del estatuto en mención. Lo anterior, en razón de la naturaleza eminentemente rogada del referido recurso extraordinario.

En esa medida, al actor le asiste la carga de persuadir a la Corporación sobre la necesidad de un pronunciamiento de fondo en orden a desarrollar la jurisprudencia o para salvaguardar las garantías fundamentales, ya que la Corte únicamente después de verificar esa exigencia se ocupará del

[3] En ese sentido CSJ AP, 8 nov. 2010, rad. 35171, entre otras.

aspecto formal de la demanda, es decir, de examinar los presupuestos de presentación lógica y debida argumentación, acorde con lo estipulado en el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 2000, en concordancia con el artículo 372 de la Ley 522 de 1999.

En esas condiciones, si lo perseguido por el censor es el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, ha de demostrar, con claridad y precisión, la necesidad de proveer un pronunciamiento con criterio de autoridad respecto de un tema jurídico específico, ya sea para unificar posturas conceptuales encontradas o con el fin de actualizar la doctrina o para abordar un tópico aún no tratado, con el deber de indicar de qué manera la decisión solicitada tiene la utilidad de brindar solución al asunto que se examina y, a su vez, servir de guía a la actividad judicial.

Ahora, si el propósito es salvaguardar derechos fundamentales, al censor le asiste la obligación de comprobar, con la misma claridad y precisión, la violación de una garantía e indicar las normas que la recogen y protegen, así como evidenciar su desconocimiento por el fallo impugnado, indicando de manera concreta, en qué consistió su vulneración y la influencia que se derivó frente al goce o libre ejercicio de la misma.

Por ello, el recurso de casación por la vía discrecional únicamente se justifica en razón de la urgencia de proteger una garantía fundamental efectivamente conculcada.

Así mismo, cabe señalar que la afectación a la garantía debe ponerse en evidencia con la sola indicación descriptiva de su ocurrencia, en concreto en el capítulo de la demanda dedicado a la fundamentación de la necesidad de que la Corte intervenga para procurar salvaguardarla.

No obstante, cabe aclarar que tal requisito no debe entenderse cumplido cuando el libelista, o bien se limita a expresar su postura personal frente al alcance de la ley procesal y el contenido de la actuación, o acerca de la estimación de los medios de convicción, pues sobre este último tópico la Corte ha señalado:

> *….lo que resulta evidente es la inconformidad del recurrente con la valoración de las pruebas, perspectiva desde la cual surge indiscutible la impertinencia del recurso extraordinario por vía discrecional, como instrumento erigido para preservar garantías fundamentales, ya que, cuando se trata de simples discrepancias probatorias, como en este caso, la demanda no tiene ninguna posibilidad de ser admitida, dado que, como constantemente lo viene sosteniendo la Sala:*
>
> *"…los reparos relacionados con la apreciación de la prueba… por cuanto no significan una afrenta directa a los derechos*

fundamentales del debido proceso y de defensa, pues el agravio se mediatiza por el establecimiento de los errores de juicio en la estimación de las pruebas, no pueden tenerse como sustentación válida del recurso de casación discrecional. Este medio de impugnación excepcional, solo se justifica por la urgencia de proteger los derechos fundamentales conculcados, si el daño se pone en evidencia con la sola indicación descriptiva del escrito de sustentación.

Los giros de fundamentación por la apreciación de la prueba, dada la indeterminación de los resultados por la posibilidad de meras discrepancias valorativas, no pueden ser argumento suficiente para reclamar una casación sujeta a tan singulares necesidades"[4].

Y por lo tanto:

"…en principio, las posibilidades reconocidas en la jurisprudencia para acceder a la casación discrecional no se extienden a las hipótesis planteadas en la demanda, es decir, a discutir la valoración judicial de los elementos de convicción, porque en esa labor los jueces cuentan con la relativa libertad que se desprende de la sana crítica, a no ser que se proponga que sus deducciones son producto de una motivación aparente, falsa o ausente, supuesto que determinaría, en caso de que se demuestre y aparezca concretado, la consolidación de un quebranto a las garantías, en cuanto obedecerían tales deducciones a la arbitrariedad —ajena a un estado democrático y constitucional— y no a la razón y a la justicia"[5]. (CSJ AP, 24 abr. 2013, rad. 38113)

---

[4] *"Cfr. Autos de 27 de marzo de 2007 y 9 de diciembre de 2009, radicaciones 26651 y 29155, respectivamente."*
[5] *"Cfr. Autos de 7 de febrero de 2007 y 20 de febrero de 2008, radicaciones 26493 y 29008, respectivamente."*

Entonces, visto el discurso ofrecido por el defensor en la demanda, sin dificultad se advierte que omite por completo abordar la carga argumentativa que le correspondía satisfacer en orden a lograr la aceptación del recurso de casación por la vía discrecional, en tanto que, como más adelante se verá, simplemente se dedica a predicar vicios *in procedendo* e *in iudicando* a partir de su particular punto de vista.

Así las cosas, es patente la carencia de predicados orientados a cumplir con una motivación que evidencie, bien la necesidad de desarrollar la jurisprudencia o de salvaguardar una garantía y, por ende, se haga viable el medio de impugnación extraordinario por el sendero excepcional.

Con todo, como de conformidad con el artículo 372 de la Ley 522 de 1999, en el trámite del recurso de casación se debe observar el procedimiento previsto en el Estatuto Procesal Penal de 2000 y éste en su artículo 213 prevé que si *"la demanda no reúne los requisitos se inadmitirá"*, al margen de la falencia advertida en precedencia, se entrará a evidenciar que en las censuras propuestas por la defensa tampoco se cumplieron las mínimas exigencias de crítica lógica y suficiente demostración.

3. Sobre la demanda en particular:

Primer cargo:

Como en síntesis el libelista, con fundamento en la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia que a los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA, en la diligencia de indagatoria, no se les imputó jurídicamente el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, sino el abuso de función pública y, sin embargo, en la resolución acusatoria y en las sentencias de instancia se les dedujo el primero de los ilícitos en cita.

Pero demás, que tanto en la resolución acusatoria como en la sentencia de primer grado se hizo alusión al delito de abuso de función pública, mas no al de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, de manera que los implicados a la postre se defendieron de esa primera conducta y no de la última.

E igualmente, que vista la imputación que originalmente se les dedujo a los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA (abuso de función pública) y la conducta por ellos ejecutada, se les ha debido absolver; de lo anterior se sigue que la censura planteada en esos términos se debía inadmitir, toda vez que no tuvo en

cuenta la realidad procesal ni la ley, como tampoco los principios que gobiernan el recurso de casación.

En lo que atañe a este último aspecto, se evidencia que en este caso el censor falta al principio de autonomía, el cual alude a que cada causal y motivo que le dé sustento debe enunciarse y demostrarse de una manera particular y por separado, básicamente porque tanto la argumentación que exige cada una es diversa, como también lo son las consecuencias que se derivan de ellas.

En el caso particular el desconocimiento de dicho principio se dio por partida doble, pues, de un lado, en el cargo se alegan dos motivos de nulidad, es decir, que a los procesados no se les imputó jurídicamente en la diligencia de indagatoria el delito por el que a la postre fueron condenados, pero además, que la resolución acusatoria y la sentencia de primer grado presentan irregularidades en su motivación. Igualmente, se pregona un vicio *in iudicando* basado en que vista la conducta realizada por los implicados, se los ha debido absolver.

De otra parte y en cuanto hace referencia a los vicios *in procedendo* que alega el recurrente, debe precisarse que si bien el demandante invoca la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, a través de la cual se pueden alegar nulidades por yerros de estructura o de garantía, cabe mencionar que en realidad el censor ha

debido perfilar la censura con apoyo en la causal tercera de casación consagrada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, pues según se dejó expuesto en precedencia, esta última es la que se debe tener en cuenta.

Ahora bien, es del caso anotar que cuando como en este caso se invoca la causal de nulidad, la Sala tiene decantado que al impugnante le corresponde precisar la especie de irregularidad sustantiva generadora de la invalidación, los fundamentos fácticos y las normas vulneradas, así como las razones del quebranto; labor argumentativa que debe desarrollar ajustándose a la realidad procesal.

Así mismo, el censor ha de determinar el tramo de la actuación donde el defecto surte sus consecuencias, expresando la causa por la cual no hay manera distinta de restaurar el derecho menoscabado que optar por la declaratoria de nulidad.

Además, es del resorte del recurrente acreditar que la irregularidad denunciada produce una secuela negativa y esencial en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado, pues el recurso extraordinario no puede sustentarse en especulaciones o en aspectos incapaces de originar el desconocimiento de garantías.

Al margen de que como se dejó expuesto, cada causal y motivo que le dé sustento se debe formular por separado,

se observa que carece de fundamento la irregularidad alegada por el impugnante basada en que en la práctica de las diligencias de indagatoria de los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA no se les imputó jurídicamente el delito por el cual finalmente fueron condenados.

En efecto, de conformidad con lo preceptuado los artículos 495 y siguientes de la Ley 522 de 1999, en donde se regula el desarrollo de la diligencia de indagatoria, la única advertencia que se hace es la relativa a que al procesado se le interrogará por los *"hechos"* por los que se ha producido su vinculación, de tal manera que en modo alguno existe el deber legal de imputar jurídicamente la conducta punible que ha dado lugar a la misma.

Cabe señalar al respecto que en efecto a los inculpados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA se los interrogó exhaustivamente acerca de los hechos por los cuales se resolvió escucharlos en indagatoria, pero además, que a partir de la resolución acusatoria tuvieron la oportunidad de conocer de la imputación por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, respecto del cual se defendieron sin ninguna limitación.

Resulta entonces oportuno recordar que la Sala, al conocer un caso en donde se alegaba una irregularidad semejante a la que ahora concita la atención, afirmó[6]:

> *…la supuesta irregularidad derivada de no haber imputado jurídicamente el cargo de peculado culposo durante la indagatoria no ostenta la gravedad y trascendencia necesarias como para impedir el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción y generar la nulidad de lo actuado, pues los hechos sustento de la imputación fueron materia de amplio interrogatorio en el desarrollo de la misma diligencia, como así lo reconoce el casacionista a través de los apartes que de ella transcribe, máxime cuando en el Código Penal Militar no existe previsión similar a la del inciso tercero del artículo 338 de la Ley 600 de 2000 que exige poner de presente durante la indagatoria la imputación jurídica provisional.*
>
> *Además, como lo tiene dicho de antaño la Sala, el proceso penal se rige por el principio de progresividad cuya característica fundamental es que se avanza de un grado de ignorancia (ausencia de conocimiento) hasta llegar al de certeza, pasando por la probabilidad, por lo cual resulta apenas obvio que la imputación jurídica que se haga en un momento procesal como la indagatoria que, por lo general, como aquí ocurrió, tiene lugar en estadios incipientes de la actuación, no es vinculante frente a decisiones ulteriores, pues el mejor juicio del funcionario o la prueba sobreviniente pueden incidir en la variación de la adecuación típica de la conducta que se endilga, circunstancia que ha conducido a precisar que lo que definitivamente no puede ser objeto de variación es el núcleo esencial de la imputación fáctica[7].*

---

[6] CSJ AP, 13 may. 2009, 31 052.
[7] *"Auto de fecha febrero 14 de 2002, rad. 18457."*

Evidenciada la carencia de fundamento de la irregularidad alegada por la defensa en torno a la diligencia de indagatoria de los incriminados, se ofrece necesario señalar que a igual conclusión se llega frente a la defectuosa motivación de la resolución acusatoria y la sentencia de primera instancia que predica el mismo sujeto procesal.

En efecto, no es cierto que en la resolución acusatoria se haya hecho referencia al delito de abuso de función pública y omitido hacerlo respecto del ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Basta remitirse al contenido de esa pieza procesal para percatarse que, una vez se dijo que si bien al resolverle la situación jurídica provisional a los incriminados se hizo alusión al delito de abuso de función pública, se precisó que la conducta de los implicados se adecuaba al ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Así las cosas, un asunto es que en el pliego de cargos se haya hecho alusión al delito de abuso de función pública para descartarlo y otro bien distinto es que de manera indistinta se haya mencionado éste y se le haya confundido con el de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, pues al respecto no sobra agregar que una vez se desechó el primero, todo el análisis se cifró en el último, para lo cual se trajo a colación la prueba que lo demostraba.

De otra parte, en la sentencia de primera tampoco se observa la ambivalencia que alega el libelista, pues de manera clara se hace referencia exclusiva al delito de abuso de autoridad por acto arbitrio e injusto, de donde se sigue que tal como se dejó anotado desde el comienzo, el recurrente no tiene en cuenta la realidad procesal al alegar las irregularidades que a juicio se produjeron.

Cabe añadir que por igual carece de asidero la afirmación del impugnante acerca de que en la sentencia del *a quo* se hizo alusión a que los implicados fueron *"acusados" "por otros delitos"* sin precisar cuáles, pues si bien se utilizó la expresión *"acusados"* en ese momento, se lo hizo para significar que los incriminados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA habían sido *"investigados"* por otras conductas punibles, valga decir, por la de abuso de función pública y lesiones personales, mas a reglón seguido se indicó sin ambages que solo eran juzgados por el ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Ahora, mayor desacierto experimenta la censura como quiera que el recurrente lanza predicados encaminados a buscar la absolución de los procesados, en particular bajo el argumento que de haber prevalecido la imputación jurídica inicial por el delito de abuso de función pública, entonces a la postre se habría exonerado a los implicados.

Esa postura, amén de contrariar el principio de autonomía, pues el defensor al comienzo discute vicios *in procedendo* y ahora insinúa uno *in iudicando*, por igual resulta infundada, toda vez que desconoce el contenido de la prueba que dio lugar a predicar el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, así como el análisis que al respecto —y de manera exhaustiva— trae la sentencia impugnada.

Segundo cargo:

Como en esta oportunidad el recurrente, con fundamento en la Ley 906 de 2004, alega la violación directa de la ley sustancial por cuanto el Tribunal incurrió en la *"aplicación errónea"* del artículo 416 del Código Penal que describe el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, pues, a su juicio, se ha debido acusar y condenar a los procesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA por el ilícito previsto en el artículo 428 *ibídem*, es decir, por el de abuso de función pública, de manera que como no fue así se debe retrotraer la actuación al momento de calificar el mérito del sumario para corregir el yerro anotado, de esto se sigue que la censura planteada en esos términos por igual se habría inadmitido.

En primer término, se equivoca el censor al invocar la violación directa de la ley sustancial con fundamento en el Estatuto Procesal Penal de 2004, pues como se dejó

explicado desde el inicio de la parte considerativa de esta determinación, en el caso de la especie, en relación con el recurso de casación, se debe aplicar la Ley 600 de 2000.

De otra parte, si bien el demandante alega como sentido de violación la *"aplicación errónea"* del artículo 416 del Código Penal, cabe señalar que conforme a la jurisprudencia de la Sala, visto el alcance del ataque propuesto, se tiene que en realidad pretendió discutir la aplicación indebida de la norma en cita, pues este concepto de vulneración alude a los casos en donde la norma que resuelve el caso no es utilizada por el juzgador de segundo grado sino otra.

De otro lado, como la pretensión del recurrente es que se acuse y juzgue a los implicados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA por el delito de abuso de función pública en lugar del ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, de esto se sigue que el censor está proponiendo un error en la calificación jurídica.

En esa medida, tal aspiración envuelve dos yerros. El primero, relativo a que la defensa carecería de interés para el efecto, por cuanto no repara en que mientras que la pena para el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto por el que se procedió en este asunto no tiene pena privativa de la libertad (solo pérdida del empleo o cargo y

multa), el de abuso de función pública sí la tiene (prisión de 1 a 2 años e inhabilitación de derechos y funciones públicas).

Así las cosas, de admitirse la reclamación del abogado de los implicados, se llegaría a la conclusión de que deberían ser juzgados por un delito más grave del que en efecto fueron convocados a Corte Marcial.

Ahora, si en gracia de discusión se diera pábulo a esa singular propuesta del recurrente, es evidente que la causal que ha debido alegar era la de nulidad, pues se estaría promoviendo un cambio más gravoso en la imputación jurídica para los enjuiciados[8].

Al margen de ese par de desaciertos formales del defensor, se tiene que en gracia a discusión tampoco logró desarrollar la censura que propuso, pues a partir de hacer su propia interpretación de la resolución acusatoria, asegura que a partir de los elementos constitutivos del delito de abuso de función pública se dedujo el de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, cuando lo cierto es que una vez se descartó la configuración de aquella conducta punible porque los procesados en modo alguno tenían la competencia para ordenar el desalojo del inmueble ocupado de hecho por el denunciante, toda vez que la misma estaba en cabeza del alcalde del municipio, se procedió a demostrar la estructuración de esta última infracción.

[8] Al respecto ver CSJ SP, 8 jun. 2006, rad. 21392, entre otras.

De otra parte, la transcripción que hace el recurrente del fallo del *a quo* con el fin de evidenciar que a pesar de que los procesados fueron acusados por un solo delito, en la sentencia se hizo alusión a que habían cometido varias infracciones, obliga a recordar que, tal como se precisó al analizar el primer cargo, tal afirmación se hizo para significar que los encartados inicialmente fueron *"investigados"* por plurales infracciones, pero que después se determinó convocarlos a Corte Marcial por una sola, esto es, la de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Cabe señalar que resulta bien curiosa la manera de argumentar del defensor, toda vez que al final se empeña por demostrar que como sus asistidos cometieron el delito de abuso de función pública, entonces han debido ser acusados por tal infracción, respecto de la cual a su vez concluye que debió absolvérselos.

En esa medida, ingenua, por decir lo menos, es la postura del impugnante, pues en esencia lo que en el fondo pretende es que se retrotraiga la actuación para que los procesados sean acusados por un delito, respecto del cual son inocentes por atipicidad objetiva, olvidando su conducta sí es típica frente al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

4. Casación oficiosa:

En ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, observa la Sala la eventual vulneración del principio de legalidad de la pena.

Conforme se dejó expuesto en el recuento de la actuación procesal, los procesados JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ fueron condenados como coautores de los delitos de lesiones personales y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, imponiéndoseles las penas de 1 año y 15 días de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos.

Al respecto se observa que en relación con la determinación de la pena frente a los citados, el juez de primer grado señaló que los condenaba por:

> *el punible de lesiones personales en concurso con el de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto,* [así que como] *la pena más alta es la correspondiente a las lesiones personales que trata el artículo 112, inciso primero, de la Ley 599 de 2000, la cual fija como pena prisión de uno (1) a dos (2) años, habrá que partirse del mínimo…*
>
> *Pero como se presenta el concurso, es menester aumentar este mínimo conforme al artículo 32* (sic) *del Código Penal Militar así: a un (1) año de prisión se le aumentan quince (15) días de*

prisión, para un total de un (1) año y quince (15) días de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Cabe indicar que en el caso de la especie, la incapacidad definitiva que se le fijó al denunciante LUIS CARLOS ALVES LOUREIRO, por razón de las lesiones personales padecidas, fue de 25 días sin secuelas médico legales.

Ahora, el inciso primero del artículo 112 del Código Penal prevé, en relación con el delito de lesiones personales consagrado en el artículo 11 *ibídem*, lo siguiente:

Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Por su parte, el artículo 416 el mismo Estatuto Punitivo, en donde se describe el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, preceptúa:

El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo.

Como se puede apreciar, es claro que esta última infracción no tiene pena privativa de la libertad.

En esa medida, se observa que si bien el juzgador de primer grado, de conformidad con lo estipulado en el artículo 30 del Código Penal Militar, tomó acertadamente como punto de partida para dosificar la pena, la prevista para el delito de lesiones personales por ser la más grave, erró al fijar la que correspondía para la conducta punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, pues, para punirlo, incrementó la pena privativa de la libertad en 15 días, cuando como se viene de evidenciar, tal ilícito no contempla una sanción de esa naturaleza.

Así las cosas, es claro que se desconoció el principio de legalidad de la pena, por cuanto el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto no tiene pena de prisión.

Por tanto, será necesario fijarle la pena privativa de la libertad a los procesados JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ en un (1) año y exclusivamente en relación con el delito de lesiones personales.

De otra parte, se observa que el delito de lesiones personales previsto en el inciso primero del artículo 112 del Código Penal no tiene pena de multa, no obstante, en el caso particular se evidencia que a los procesados BARAJAS RIVERA y PÉREZ RODRÍGUEZ se le fijó tal sanción en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes por razón de que dicha conducta punible concursó con la de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto que sí la tiene.

Bajo esa perspectiva, corresponde por igual corregir el yerro recién advertido y fijarle a los inculpados JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ la pena de multa en un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora, se observa que a los procesados en cita no se les impuso la pena de pérdida del empleo o cargo, a pesar que la misma está prevista para el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto que se les imputó, yerro que en este momento no es posible enmendar en razón del principio de *non reformatio in pejus*, pues, de un lado, respecto de los procesados JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ no se impugnó en su contra en esta sede, pero además, quienes sí lo hicieron fueron únicamente los coprocesados GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA.

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

RESUELVE:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de GABRIEL LOZANO PEÑA y ELBER ALONSO LOZANO UMAÑA.

2. CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia, en consecuencia, fijar la pena para los procesados JEFTE DANIEL BARAJAS RIVERA y LUIS EMILIO PÉREZ RODRÍGUEZ en un (1) año de prisión y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

3. PRECISAR que las restantes determinaciones que se adoptaron en el fallo impugnado se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria