



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente

AEP 00042-2018
Radicación N° 49507
Aprobado mediante Acta No.28

Bogotá D.C., 6 de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Procede la Sala Especial de Primera Instancia a decidir sobre el recurso de reposición elevado por el apoderado de la víctima, contra la decisión adoptada el 27 de junio de 2018, por medio de la cual se decretó la preclusión de la indagación en relación con el mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ por los delitos de injuria y calumnia.

HECHOS

En el mes de mayo de 2014, el mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ publicó en la red social *Facebook*, página del grupo “ANCLA Y FUSIL”, el siguiente comentario:

Hombre Gustavo. Gracias por tu solidaridad. Cómo ya sabes estos dos bandidos en forma dolosa y mal intencionada crearon un escándalo con el propósito de ocultar los delitos que habían cometido y por los cuales están siendo investigados. Y claro, les convenía para sus malévolos fines, involucrar a un Oficial de Insignia. Lo hicieron sin importarles atentar contra la dignidad, el honor y el buen nombre del suscrito. Ya tendrán que pagar por sus fechorías el capitán Herrera y el SV Castell. Y lo repito, son dos bandidos. Si me atrevo a decirlo por este medio, es porque tengo las pruebas. Las mismas que presenté ante la fiscalía cuando los denuncié por la comisión de tres delitos penales.

ANTECEDENTES

1. Con motivo de la publicación realizada por el mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ, el 3 de julio de 2014, el sargento viceprimero de infantería de marina Dayron Castell González formuló denuncia en su contra por los posibles delitos de "Tráfico de influencias, Abuso de Autoridad, Constreñimiento, Injuria, Calumnia".

2. El 2 de noviembre de 2015, en la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, se surtió trámite de conciliación por los delitos de injuria y calumnia, diligencia que contó con la presencia del indiciado, el apoderado del querellante y la intervención de éste a través de video conferencia, por encontrarse en el exterior. Según constancia aportada por el ente instructor, el mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ reconoció haber efectuado el comentario que generó la denuncia, retractándose del mismo en tal acto y manifestó su intención de hacerlo públicamente en las mismas

condiciones. Pese al ofrecimiento del oficial, no se logró acuerdo entre las partes, por lo que la conciliación se declaró fracasada.

3. Los días 21 de julio de 2015 y 15 de marzo de 2016, GÓMEZ VÁSQUEZ aportó copia de las publicaciones realizadas en la red social *Facebook*, en las que se retractó de las manifestaciones efectuadas acerca de Dayron Castell González.

4. El 14 de diciembre de 2016, la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia solicitó la preclusión de la indagación, invocando para el efecto la causal primera del artículo 332 de la Ley 906, esto es: *"Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal"*, pretensión que sustentó en audiencia ante la Sala de Casación Penal el 20 de noviembre de 2017.

En tal oportunidad, el fiscal delegado adujo que tal imposibilidad devenía de la estructuración, a partir de la retractación efectuada por el mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ, de la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 225 del Código Penal, figura a la que también se le dio el alcance de producir la extinción de la acción penal, conforme el numeral 8° del artículo 82 de la misma codificación.

5. La Sala de Casación Penal en decisión del 27 de junio de 2018, acogió los argumentos expuestos por la Fiscalía y dispuso precluir la indagación adelantada contra el aforado LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ.

Lo anterior, tras considerar satisfechos los requisitos exigidos por la ley para tener por válida la retractación efectuada por el querellado.

6. Inconforme con lo decidido, el apoderado de la víctima interpuso recurso de reposición, el cual fue sustentado en audiencia el 2 de octubre de esta anualidad y ahora es objeto del presente pronunciamiento.

RECURSO

1. El abogado de la víctima solicita se reponga la decisión por considerar que la retractación efectuada por el alto oficial no se ajustó a las exigencias previstas en el artículo 225 Código Penal.

Para explicar su reproche sostuvo que:

a) La retractación no correspondió a un acto voluntario del denunciado, sino que lo hizo por insinuación de la fiscal primera delegada ante la Corte Suprema de Justicia, situación que ilustró con la reproducción de un aparte de la publicación realizada por el mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ el 21 de julio de 2015:

"Agradezco a todos los comentarios y aprovecho la oportunidad para cumplir con también con un compromiso que hice con la doctora María Claudia

merchan Gutiérrez, fiscal primera, durante la diligencia de conciliación...)" (sic). (Subraya fuera de texto)

- b) La investigación ya había sido archivada por la fiscal y debió ser desarchivada por petición del querellante.
- c) La retractación no se realizó con las mismas características de la imputación, para lo cual señaló que "i) no se hizo una verificación detallada de las afirmaciones en la conversación del general con su amigo Gustavo y lo que dijo en la retractación ii) el general jamás llamo a su amigo Gustavo para desmentir su afirmación en esa charla iii) una simple verificación de los folios 12 o pruebas 3-4 se corroborara mi reproche (...)" (sic).

En su exposición también se refirió a otros aspectos tales como la falta de competencia del fiscal primero delegado para elevar solicitud de preclusión; el desconocimiento por parte del fiscal de las reglas de competencia derivadas del fuero militar; la presunta omisión en la investigación de las restantes conductas punibles por las que se denunció al mayor general LUÍS GÓMEZ VÁSQUEZ y el desconocimiento del derecho de la víctima al acceso a la administración de justicia, en razón a las falencias con las que considera se ha desarrollado la investigación y la presunta "protección" que estima le ha brindado la Fiscalía al querellado, en desmedro de los intereses de su representado.

NO RECURRENTES

1. El delegado de la Fiscalía, en relación con el recurso interpuesto por el apoderado de la víctima, solicita se mantenga la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal y se declare desierta la petición, toda vez que no dejó claros los aspectos puntuales de su inconformidad con la providencia

Frente a los demás reparos realizados por el recurrente, se pronunció en punto a aclarar que la solicitud de preclusión se limitó estrictamente a la retractación que hizo el indiciado respecto de la injuria y la calumnia, mas no extendió la petición a ninguna de las otras conductas que le fueron endilgadas - tráfico de influencias, abuso de autoridad, y constreñimiento-, como quiera que estas aún son objeto de indagación por parte de la Fiscalía General de la Nación.

2. La representante del Ministerio Público estimó que no existe mérito para reponer la decisión, por considerar que el recurrente no aportó elementos encaminados a desvirtuar los fundamentos de la decisión adoptada.

3. El defensor del alto oficial coadyuva la solicitud de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público, por considerar que la decisión adoptada se ajusta a derecho y los argumentos expuestos en sustentación del recurso carecen de entidad suficiente para desvirtuarla.

CONSIDERACIONES

En relación con el recurso de reposición, en forma reiterada la Corte ha dicho que es un mecanismo establecido por la ley, para que se haga un reexamen de la decisión, frente a los argumentos expuestos en la sustentación, y así, puedan corregirse los errores en los que se haya podido incurrir.

Por lo tanto, el impugnante está obligado a exponer, de manera clara y precisa, los motivos por los cuales estima se debe revocar la determinación, sin referirse a nuevas argumentaciones.

En Auto AP4212-2015, Rad. 43838, la Corte reiteró:

«Se ha sostenido que las condiciones que hacen factible el examen del recurso de reposición se concretan a que se haya interpuesto oportunamente y se haya sustentado adecuadamente, exigencias que se encuentran consagradas en los artículos 186 y 189 de la Ley 600 de 2000 y 176 de la Ley 906 de 2004, porque, si lo que se pretende con la impugnación es que el funcionario judicial revise su propia decisión para corregir eventuales equivocaciones y como consecuencia la aclare, modifique, adicione o revoque, lo que se exige es que la parte inconforme brinde las razones de hecho y de derecho en que sustenta su discrepancia, de manera que claramente se presenten las falencias que en su criterio deben ser remediadas.

El reexamen del asunto debe ser dirigido por el recurrente, quien por lo mismo está obligado a ofrecer de manera concreta los razonamientos demostrativos del error que aspira sea modificado»

Con fundamento en las anteriores precisiones, la Sala Especial se ocupará inicialmente de aquellos argumentos de la exposición del abogado de la víctima, que generosamente podrían asumirse como sustentación, en tanto alega que la

retractación no se hizo a costa del responsable, ni reúne las mismas características con las que se difundió la imputación, para luego referirse a otros aspectos enunciados por el recurrente, que, si bien no recaen sobre el objeto de controversia, deberán ser abordados en esta providencia para ilustración de la parte recurrente.

1. En efecto, según el impugnante, la retractación del mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ no fue un acto emanado de su voluntad, sino una “*insinuación*” de la funcionaria que dirigió la audiencia de conciliación, afirmación que para esta Sala carece de sustento y que no se compadece con lo demostrado por el acervo probatorio allegado por la fiscalía para soportar su petición, pues allí se evidencia que tanto en esa diligencia, como en las publicaciones realizadas en la red social *Facebook*, - una de ellas efectuada transcurridos más de ocho meses desde la fracasada conciliación-, el querellado no solo aceptó su responsabilidad en los hechos, sino que además rectificó lo afirmado respecto del sargento viceprimero Dayron Castell González, cuando perfectamente pudo no hacerlo y, en consecuencia, haber asumido el trámite judicial como escenario propicio para reafirmar la inocencia que se presume por mandato constitucional.

No debe perderse de vista que la figura de la conciliación se encuentra edificada sobre los pilares de la autocomposición de litigios, la democracia y el ejercicio de la autonomía privada, donde son las mismas partes en disputa quienes intentan resolver sus conflictos de manera pacífica en

presencia de un tercero -conciliador-, a quien la ley ha investido de facultades que le permiten proponer formulas para que se llegue a un arreglo, pero nunca para que imponga una solución definitiva, por manera que, calificar una propuesta de conciliación como una "insinuación", significa desconocer la naturaleza de la conciliación y el papel activo de quien la preside como garante de la posibilidad de que los asociados obren según su voluntad y encuentren una solución acorde a sus intereses, sin atentar contra el orden jurídico y los derechos de los demás.

Respecto de la señalada omisión en la "verificación detallada de las afirmaciones en la conversación del general con su amigo Gustavo y lo que dijo en la retractación"¹, bastará con precisar que, en las oportunidades en que LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ se desdijo de la afrenta irrogada al suboficial Castell González, existió correspondencia entre el contenido de las manifestaciones, pues siempre infirmó la descalificación que le hiciera llamándolo "bandido", así como la atribución de su presunta participación en la comisión de conductas típicas.

En lo referente a la aseveración acerca que la retractación no se cumplió en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación, toda vez que "el general jamás llamó a su amigo Gustavo para desmentir su afirmación en esa charla"², estima la Sala que el representante de la víctima pretende llevar los requisitos de la retractación a una situación en extremo minuciosa no contemplada en la ley,

¹ Audiencia de 2 de octubre de 2018, sustentación del recurso de reposición, record minuto 22:02.

² Audiencia de 2 de octubre de 2018, sustentación del recurso de reposición, record minuto 22:11.

que desvía la atención respecto de las reales circunstancias en que se reivindicaron los derechos a la honra y buen nombre del querellante, esto es, a través de la publicación por parte del mayor general GÓMEZ VÁSQUEZ de mensajes en la red social *Facebook* que revocaban las expresiones, con idéntico alcance al inicial.

Sobre este particular, es pertinente destacar que no obstante la norma exige que la retractación se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundieron las imputaciones, dicha exigencia debe atender a criterios de razonabilidad, conforme a los cuales no puede reclamarse la reivindicación al querellado en condiciones que pueden resultar imposibles de cumplir, así, por ejemplo, en Auto de 7 de febrero de 2013, Rad.34781, la Sala de Casación Penal sostuvo que:

“las exigencias contenidas en el texto legal citado, deben asumirse con criterios de razonabilidad y, por ello, su aplicación no puede condicionarse a que sin importar las situaciones particulares, se reproduzcan todas y cada una de las circunstancias que rodearon las manifestaciones injuriosas o calumniosas; en este caso, que se destine a la retractación el mismo tiempo al aire, o que se haga directamente por el querellado, o que se cumpla una ritualidad idéntica a la utilizada para la entrevista, donde, se insiste, además de tratar otros temas, se produjo la intervención de personas distintas del querellado”.

De suerte que, en el presente asunto, en criterio de esta Sala no resulta razonable, como lo reclama el apoderado de la víctima, que se exija al indiciado se comuniqué con “su amigo

Gustavo” y revoque su afirmación ante ese interlocutor, para tener por válida la retractación.

Vistas las consideraciones anteriores, se insistirá, tal como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Corporación, que dentro del marco jurídico que rige el ejercicio del recurso de reposición, la sustentación exigida al inconforme no se restringe a una simple manifestación de desacuerdo con la decisión, sino que trasciende a la necesaria exposición de los errores que estima contiene, para lo cual deberá esbozar las razones de hecho y de derecho en que funda su disenso, situación que se advierte no aconteció en el asunto que ocupa la atención de esta Sala, ya que los argumentos ofrecidos por el recurrente no hacen patente la existencia de un error en los motivos que sustentaron la providencia impugnada, por lo que lo procedente será que ésta se mantenga incólume.

2. Tal como se señaló inicialmente, la Sala se referirá a otros aspectos enunciados por el recurrente en su impugnación, que como se señaló no recaen sobre el objeto de controversia, pero que se considera deberán ser tratados en esta providencia para desvirtuar el recelo que despiertan en él.

En primer lugar, esta Sala debe destacar que aún cuando la oportunidad para alegar cualquier situación relacionada con la aparente falta de competencia del fiscal delegado para elevar la solicitud de preclusión ya ha fenecido, es preciso explicar al recurrente las razones por las cuales se equivoca en su apreciación.

Pues bien, de manera breve se recuerda al impugnante, que aun cuando por regla general, la competencia para conocer de los comportamientos sancionables cometidos por miembros de la fuerza pública radica en las cortes marciales - siempre que se logre acreditar que la conducta fue ejecutada por un sujeto en servicio activo y que ésta guarda un vínculo próximo y directo con la actividad propia del servicio -, el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política fija una excepción a esta regla al cobijar con fuero constitucional a los Generales de la República en servicio activo, para que sean investigados por el fiscal general de la nación, y su juzgamiento adelantado por la Corte Suprema de Justicia, sin consideración a que el delito que se les endilga guarde o no relación con la función o con el servicio.

Como quiera que en el presente asunto emerge evidente que la conducta desplegada por el mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ, en servicio activo, nada tiene que ver con el cumplimiento sus deberes oficiales, sino que responde a un acto de carácter privado, se impone concluir que la competencia para conocer de la solicitud de preclusión radica en esta Corporación, previa petición del fiscal general de la nación o del fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, a quien por expresa disposición constitucional del artículo 251 puede delegársele dicha función.

En segundo lugar, se reitera que la preclusión dispuesta por la Sala de Casación Penal y que hoy confirma esta Sala, se acoge a lo estrictamente solicitado por la Fiscalía Primera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, respecto de los

delitos de injuria y calumnia endilgados al mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ y no a las demás conductas cuya investigación echa de menos, las mismas sobre las cuales la fiscalía sostiene aún son objeto de investigación, por lo que insta al recurrente para que en ejercicio de los derechos a la verdad, justicia y reparación que le asisten a su representado, acuda ante esa autoridad a fin enterarse del estado de la indagación.

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

RESUELVE:

PRIMERO. No reponer la decisión de preclusión de la indagación adoptada a favor del mayor general LUIS GÓMEZ VÁSQUEZ, por los delitos de injuria y calumnia.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

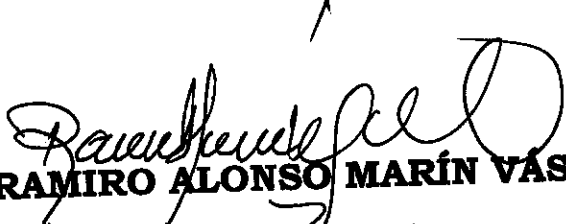
Esta determinación queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

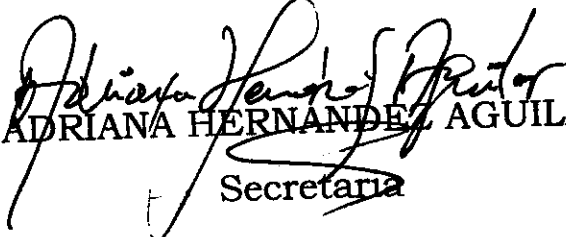
JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

Página 13 de 14


RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR
Secretaria