REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas: Partida I^a^. Título I, Ley XIII).

LICENCIA NÚMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCLIV PRIMER SEMESTRE 1998 NUMERO 2493

VOLUMEN II

SANTA FE DE BOGOTA D.C., COLOMBIA - AÑO 1999

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLIV - NUMERO 2493

PRIMER SEMESTRE DE 1998

Volumen II

SALA DE CASACION PENAL

Santafé de Bogotá, D. C. - Colombia - 1998

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

PRIMER SEMESTRE DE 1998

SALA PLENA

Doctores *José Fernando Ramírez Gomez - Presidente*
Jorge Iván Palacio Palacio - Vicepresidente
Blanca Trujillo De Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor *Jorge Santos Ballesteros - Presidente*
Lina María Torres González - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Carlos Esteban Jaramillo Scholss*
Pedro Lafont Pianetta
José Fernando Ramírez Gómez
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Nicolaás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra
Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor *Fernando Vásquez Botero- Presidente*
Doctora *Laura Margarita Manotas G. - Secretaria*

MAGISTRADOS

Doctores *Rafael Méndez Arango*

Francisco Escobar Henríquez

José Roberto Herrera Vergara

Jorge Iván Palacio Palacio

Germán Gonzalo Valdes Sánchez

Ramón Zúñiga Valverde

Fernando Vásquez Botero

SALA DE CASACION PENAL

Doctor *Jorge Enrique Córdoba Poveda - Presidente*

Patricia Salazar Cuéllar- Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Ricardo Calvete Rangel*

Nilson Elías Pinilla Pinilla

Fernando Enrique Arboleda Ripoll

Carlos Eduardo Mejía Escobar

Didimo Páez Velandia

Jorge Enrique Córdoba Poveda

Juan Manuel Torres Fresneda

Carlos Augusto Gálvez Argote

Jorge Anibal Gómez Gallego

RELATORAS

Doctoras *Liliana Polanía Alvarez*
Sala de Casación Civil y Agraria

Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala de Casación Laboral

Ayda Lucy López de Giraldo
Sala de Casación Penal

Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL: Doctora LILIANA POLANIA ALVAREZ

RELATORA SALA LABORAL: Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ

RELATORA SALA PENAL: Doctora AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO

TUTELAS: Doctora BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA

TOMO CCLIV - PRIMER SEMESTRE Volumen II - Número 2493

ACCION DE REVISION-Requisitos

1. El artículo 234 del código de procedimiento penal señala los requisitos formales que debe contener la demanda de revisión, so pena de que sea desestimada in limine. El numeral 4° exige la relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición.

2. En el caso concreto el libelo no cumple el requisito previsto en el numeral citado, pues el actor no acompaña ningún elemento de juicio para demostrar la causal que invoca, simplemente solicita que se ordene la práctica de algunas pruebas a fin de comprobar los hechos básicos de la petición, lo cual resulta improcedente porque las normas procesales no imponen al juez de revisión la obligación de recopilar las probanzas que sirven de fundamento a la demanda, sino que esa labor corresponde al demandante, quien además de relacionarlas debe también aportarlas, independientemente de la trascendencia que en el decurso de la acción se les confiera, so pena de que la demanda sea rechazada.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14192

Aprobado Acta No. 64.

VISTOS

La Sala decide sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado judicial de Abdel Jaber Nasif Abdala, quien mediante sentencia de enero 27 de 1997 que hizo tránsito a cosa juzgada, fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cali a la pena principal de cuarenta y ocho meses de prisión, como determinador responsable del delito de falsedad material de particular en documento público, en concurso con el ilícito de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público.

LA DEMANDA

El libelista promueve acción de revisión con fundamento en el numeral 3° del artículo 232 del código de procedimiento penal, por cuanto considera que después de la sentencia condenatoria aparecen pruebas que, a pesar de haber sido allegadas legal, regular y oportunamente al proceso, no fueron tenidas en cuenta por los juzgadores, las que detentan la aptitud suficiente para establecer la inocencia de Nasif Abdala, o por lo menos para desvirtuar categóricamente la certeza sobre su responsabilidad penal.

Alega que su asistido jamás intervino en la falsificación por creación integral del oficio RMJ 2494 del 26 de mayo de 1988 emanado de la Secretaría de Tránsito y Transporte de la ciudad de Cali, mediante el cual se informaba al Juzgado Segundo Civil Municipal de Ipiales sobre la no inscripción del embargo de un vehículo automotor de propiedad de Nasif Abdala, ni en la falsedad del oficio número 235 del 23 de mayo de ese mismo año, por medio del cual el Juzgado le ordenaba a la Secretaría de Tránsito cancelar el embargo de dicho automotor. En esos ilícitos únicamente pudieron intervenir personas que tenían acceso directo a ese tipo de formatos, modelos de redacción, sellos, firmas, numeraciones consecutivas, esto es, funcionarios y empleados de esas dependencias oficiales. No hay ninguna prueba de su intervención personal y directa.

Tampoco sustrajo de los archivos de la Secretaría de Tránsito el oficio RMJ 2494 que informaba sobre la inscripción del embargo del automotor de su propiedad, ni hizo desaparecer la copia del oficio número 220 de mayo 20 de 1988, mediante el cual el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ipiales ordenaba dicha medida cautelar.

No es cierto que el condenado fuera la única persona interesada en la falsificación de los oficios, pues desde el 8 de enero de 1988, es decir, antes que se iniciara el proceso ejecutivo, ya había vendido el automotor y desconocía las medidas preventivas que pesaban sobre el mismo. El verdadero

interesado era el comprador, quien en ese momento tenía en su poder el vehículo.

Tampoco existe ningún elemento de juicio que demuestre que el imputado hubiera ejercido una influencia mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, engaño, orden vinculante, o cualquier otro medio idóneo, para que los funcionarios o empleados de la Secretaría de Tránsito y el Juzgado Civil Municipal realizaran las conductas ilícitas por las que fue condenado como determinador. La investigación fue realmente deficiente, pues el funcionario ni siquiera se preocupó por establecer quiénes pudieron ser esos servidores públicos que necesariamente intervinieron como autores materiales.

Con los documentos que la Sala de Casación Penal allegue dentro de la oportunidad probatoria de la presente acción, se demostrará con certeza que el sentenciado es totalmente ajeno a los hechos punibles contra la fe pública, pues no participó en ellos como coautor material, determinador o cómplice, por lo cual en el fallo de revisión se deberá declarar su inocencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El artículo 234 del código de procedimiento penal señala los requisitos formales que debe contener la demanda de revisión, so pena de que sea desestimada *in limine*. El numeral 4° exige la relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición.

2. En el caso concreto el libelo no cumple el requisito previsto en el numeral citado, pues el actor no acompaña ningún elemento de juicio para demostrar la causal que invoca, simplemente solicita que se ordene la práctica de algunas pruebas a fin de comprobar los hechos básicos de la petición, lo cual resulta improcedente porque las normas procesales no imponen al juez de revisión la obligación de recopilar las probanzas que sirven de fundamento a la demanda, sino que esa labor corresponde al demandante, quien además de relacionarlas debe también aportarlas, independientemente de la trascendencia que en el decurso de la acción se les confiera, so pena de que la demanda sea rechazada.

3. De otra parte, la solicitud de revisión es inadmisible por manifiesta ineptitud, pues si bien se invoca la causal prevista en el numeral 3° del artículo 232 del estatuto procesal penal, la misma se fundamenta en el supuesto error de hecho en que incurrieron los juzgadores, quienes según el libelista no tuvieron en cuenta pruebas allegadas legal, regular y oportunamente al proceso que demuestran la inocencia de su poderdante, pero dicha censura propia del recurso extraordinario de casación, es totalmente extraña a la acción de revisión, la que solamente procede contra las sentencias ejecutoriadas por las causales señaladas en la ley.

El demandante también alega que no obra en el proceso prueba alguna que demuestre la responsabilidad penal de NASIF ABDALA, por lo que resulta conveniente reiterar una vez más que la acción de revisión no es una oportunidad para repetir debates ya concluidos durante las instancias, ni para refutar las argumentaciones que sirvieron al juzgador para proferir la sentencia, sino que es preciso demostrar la existencia de hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

4. En conclusión, la Sala rechazará *in limine* el escrito de revisión en virtud de las fallas señaladas, las cuales impiden su admisión.

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

RESUELVE:

1. Rechazar *in limine* la demanda de revisión presentada a nombre del condenado Abdel Jaber Nasif Abdala.

2. Reconocer al doctor Elkin Antonio Muñoz Boder como apoderado de Nasif Abdala, para efecto de esta acción de revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL PRIVILEGIADA

En lo que tiene que ver con la libertad condicional privilegiada a que se refiere el artículo 1° de la ley 415 de 1997 (72 A del Código Penal), si bien los delitos atribuidos a la implicada (hurto agravado y falsedad documental), no están excluidos del referido derecho, y aunque como ella y su defensor lo anotan cumple las tres quintas partes de la condena, el estudio no puede hacerse por esta vía, pues olvidan que el inciso 2° del comentado precepto señala que tal derecho se concederá "al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años", *presupuesto que no se da en su caso pues, como quedó visto, en los fallos de instancia le fue impuesta pena de sólo 28 meses.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá. D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 13902 .

Aprobado Acta No. 64.

ASUNTO

La procesada María Luisa Peña Vargas y su defensor, piden a la Corte le sea otorgada "libertad condicional", por considerar que el tiempo descontado en detención preventiva satisface los requisitos establecidos en los artículos 72 y 72 A del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado 4° Penal del Circuito de Palmira (Valle), en sentencia anticipada de 24 de abril de 1997, condenó a la señora PEÑA VARGAS a la pena de 28 meses de prisión por concurso de delitos de hurto agravado y falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Cali, en fallo de 4 de julio siguiente, providencia que es objeto del recurso de casación interpuesto por su defensor.

Aunque la implicada y su apoderado hablan de "libertad condicional", debe entenderse que solicitan excarcelación porque la sentencia no ha adquirido firmeza por estar recurrida en casación. La solicitud entonces

ha de ser examinada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, esto es, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos en los artículos 72 o 72 A del Código Penal, disposiciones invocadas de manera simultánea en este caso.

Hechas las aclaraciones anteriores, se tiene que el mencionado artículo 72 determina que el juez podrá conceder la libertad condicional, vía que de ser viable permitirá la excarcelación, cuando la pena impuesta sea arresto mayor de tres años o prisión que exceda de dos, cuando el procesado haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, buena conducta y antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Al confrontar estas exigencias con la situación planteada, es claro que la pena impuesta a la sindicada es mayor de 2 años de prisión, pero no alcanza a satisfacer el requisito objetivo de las dos terceras partes de la condena, equivalente, en su caso a 18 meses y 20 días, pues la peticionaria se encuentra detenida desde el 28 de noviembre de 1996 (f. 62 cd. 1), sin que se haya acreditado factor alguno de redención de pena, de manera que hasta el momento cumple en detención 17 meses y 7 días, que ha sido domiciliaria desde que le fue concedida en segunda instancia por la correspondiente Unidad de Fiscalía (febrero 6/97, fs. 82 y Ss. cd. 2).

No cumplir uno de los requisitos objetivos a que alude el artículo 72 del Código Penal, lo cual de suyo impone negar la petición, releva a la Sala por ahora de analizar los demás presupuestos que se deben tener en cuenta para decidir si es procedente la excarcelación solicitada.

En lo que tiene que ver con la libertad condicional privilegiada a que se refiere el artículo 1° de la ley 415 de 1997 (72 A del Código Penal), si bien los delitos atribuidos a la implicada (hurto agravado y falsedad documental), no están excluidos del referido derecho, y aunque como ella y su defensor lo anotan cumple las tres quintas partes de la condena, el estudio no puede hacerse por esta vía, pues olvidan que el inciso 2° del comentado precepto señala que tal derecho se concederá "al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años", presupuesto que no se da en su caso pues, como quedó visto, en los fallos de instancia le fue impuesta pena de sólo 28 meses.

Se negará entonces la excarcelación pedida.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NEGAR a la procesada María Luisa Peña Vargas la libertad provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Pruebas

Por ser la acción de revisión esencialmente probatoria a través de la cual se busca minar la firmeza de la cosa juzgada, es condición ineludible para su admisión que la respectiva demanda se ajuste a las precisas exigencias del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, indicando en particular la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, debiendo aportar las pruebas demostrativas de los hechos básicos de la petición, al punto que los fundamentos y pruebas que se presenten en ella, patenticen la inocencia del condenado o su inimputabilidad, o al menos las hagan seriamente deducibles.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda

Proceso No. 14348

Aprobado Acta No. 64

Vistos

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada mediante apoderado por el procesado Jorge Hernández Candela, quien fuera condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, a la pena principal de 25 años 2 meses de prisión como autor de los delitos de Homicidio y Porte Ilegal de Armas según sentencia de julio 11 de 1997, determinación confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad y ahora en firme.

Antecedentes

1. A eso de las cinco de la mañana del 10 de mayo de 1996, frente al restaurante " Rancho Viejo ", ubicado en la avenida 2ª con la calle 5ª esquina área urbana de Cúcuta, fue muerto violentamente José Dennis Solano Hernández al recibir múltiples impactos de arma de fuego por parte de Jorge Hernández Candela quien accionó su pistola 7.65 mm marca Browning que portaba sin autorización legal.

Por estos hechos fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta a purgar la pena principal de 25 años 2 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años como autor de los delitos de Homicidio y Porte ilegal de Armas; decisión confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial por lo que hoy se encuentra descontando pena.

2. En firme la condena, el procesado le ha conferido poder amplio y suficiente al abogado Rafael de Jesús Barbosa Mercado, a fin de que lo represente dentro de la presente acción de revisión, mandato que por hallarse debidamente presentado, conducirá al reconocimiento de la personería del apoderado.

La Demanda

1. La acción de revisión se promueve al amparo de la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, esto es, bajo la consideración de que con posterioridad a la sentencia surgieron hechos y pruebas nuevas, no conocidas al tiempo de los debates, que establecen la inocencia del procesado.

Como fundamentos fácticos y luego de hacer una presentación del desarrollo del proceso adelantado contra Jorge Hernández Candela, tanto por la Fiscalía General de la Nación como por el funcionario sentenciador en las dos instancias, manifiesta que estas autoridades no reconocieron a favor del condenado la excluyente de antijuridicidad de legítima defensa planteada por éste y su defensor, por cuanto no admitieron la declaración que sobre los hechos rindió el único testigo presencial Orlando Espinosa, al ser señalada luego del sometimiento a la sana crítica como aleccionada, inverosímil e imprecisa.

Los fundamentos de derecho, los sustenta el accionante en las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 29 y 33, referidos al debido proceso y el derecho a la no autoincriminación y se ratifica en los fundamentos de hecho que presenta como origen de esta acción. Sostiene que la sentencia se impuso a Hernández Candela como sanción por no haber aceptado la comisión de los punibles imputados, mas no porque hubiera imperado en la actuación la verdad real, frente a la verdad formal que primó al desarticular el testimonio del único presencial de cara al vertido por el funcionario del C.T.I.

Por ello considera que al aportar nuevamente el testimonio de Orlando Espinosa y allegar como nuevos los de José Raúl Julio Quintero -prueba decretada no practicada-, el de José Eliécer Duarte Torres y las certificaciones expedidas por el DAS y la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, sobre las actuaciones que en este caso cumplieron los funcionarios de estos organismos, debe prosperar la acción de revisión por cuanto la misma contiene hechos nue-

vos no conocidos al tiempo del debate que conducen a demostrar la inocencia del condenado, pues desvirtúan el testimonio de oídas presentado por Gentil Antonio Bedoya Benitez, en su calidad de funcionario del C.T.I.

Sobre esta particular, se ocupa a lo largo de su demanda presentando transcripciones y análisis probatorios de su dicho en las diferentes oportunidades que lo rindió dentro de la instrucción, frente a las pruebas nuevas que aliega a la acción y que en su sentir desmienten estas afirmaciones que fueron la base de la condena, por cuanto otra fue la realidad de los hechos materia de juzgamiento y así, la verdad formal declarada dentro de la actuación no es la verdad como expresión de la finalidad del proceso.

El libelista adjunta declaraciones extraproceso rendidas ante las Notarías Tercera y Sexta de la ciudad de Cúcuta y Unica del Círculo de Saravena por José Raúl Julio Quintero, José Eliécer Duarte Torres y Orlando Espinosa, las dos primeras orientadas a establecer la legítima defensa en la actividad desarrollada por el condenado y la tercera asertiva de que el declarante no fue entrevistado por el Investigador Judicial del C.T.I.(fls. 1 a 3). Oficios de la Dirección y Sub dirección Seccional del DAS de Cúcuta, aclarando el primero que Gentil Antonio Bedoya Benítez no participó ni se hallaba presente en la diligencia de Inspección de cadáver practicada a José Dennis Solano Hernández 10 de mayo de 1996, y el segundo las fechas en que se llevó a cabo el paro armado en esa región del país (fls. 4 y 8), oficio del Cuerpo Técnico de Investigación en el que se certifica sobre la inexistencia de anotación relacionada con el señor Bedoya Benitez durante los días 9 y 10 de mayo de 1996 (fl. 6); copia de la sentencia de julio 11 de 1997 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito (fl. 9) y la confirmatoria del Tribunal Superior (fl. 30), copia de providencia interlocutoria de la mencionada Corporación en la que admite el desistimiento del recurso extraordinario de casación y declara formalmente ejecutoriada la sentencia (fl. 53), album fotográfico, en fotocopia, levantado con ocasión a la Inspección Judicial practicada en el curso de la investigación y las declaraciones rendidas por Antonio Bedoya Benítez ante la Fiscalía General de la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por ser la acción de revisión esencialmente probatoria a través de la cual se busca minar la firmeza de la cosa juzgada, es condición ineludible para su admisión que la respectiva demanda se ajuste a las precisas exigencias del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, indicando en particular la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, debiendo aportar las pruebas demostrativas de los hechos básicos de la petición, al punto que los fundamentos y pruebas que se presenten en ella, patenticen la inocencia del condenado o su inimputabilidad, o al menos las hagan seriamente deducibles.

En el caso presente la demanda se edifica sobre la causal tercera de revisión, al sobrevenir hechos nuevos posteriores a la sentencia de condena, y que respalda el accionante en tres testimonios, dos de los cuales, de José Raúl Julio Quintero -prueba decretada pero no practicada- y José Eliécer Duarte Torres, sobre aspectos relacionados con el desarrollo de los hechos en los que concreta que el hoy occiso luego de agredir verbalmente a quien vendría a ser su victimario y retarlo a seria confrontación sacó un arma de fuego -revólver- e hizo varios disparos contra el procesado, escena que le permite insistir en la causal de justificación de la legítima defensa en la actividad desarrollada por Jorge Hernández Candela, el tercer testimonio, de Orlando Espinosa apunta a demostrar lo inexacto de la versión que bajo la gravedad del juramento suministrara el funcionario del Cuerpo Técnico de Investigación Gentil Antonio Bedoya Benitez en el sentido de que jamás se entrevistó con éste; en tanto que los oficios respaldan el dicho en la medida que certifican sobre la inexistencia de anotación sobre los hechos en los libros radicadores del C.T.I.

Pero lo que de estas exposiciones y la adjunción documental se infiere es el incumplimiento de los requisitos formales de la demanda en condiciones que la hacen de imposible admisión en esta sede. Como primer aspecto que se opone a la aspiración del demandante, se observa que las declaraciones allegadas se limitan a consignar acontecimientos que en su oportunidad habían sido ya ampliamente formulados y debatidos por los juzgadores al rechazar la excluyente de antijuridicidad. Ello indica que por haber sido ya analizada y desestimada tal hipótesis, lejos está el replanteamiento propuesto de constituirse en hecho nuevo, tratándose a lo sumo de la invocación extemporánea de medios encaminados a fortificar un supuesto oportunamenic desvirtuado, con lo que el actor pretende impropia e infructuosamente desatender que la oportunidad de ese debate precluyó con la superación de las instancias.

Sumado a lo anterior, se tiene que en lugar de aportar las pruebas determinantes de la decisión que pide y consecuentes con la causal invocada, conduce su demanda a demostrar mentiroso el testimonio rendido por Gentil Antonio Bedoya Benitez, desconociendo ahora que se está ante fallos ejecutoriados, que sólo podrían entrar a revisarse bajo las causales taxativas y el cumplimiento estricto de las exigencias que entraña esta acción extraordinaria, lo que habría implicado enderezar el ataque por la causal 5ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo caso tampoco bastaba con aportar un dicho o unos documentos contradictorios con la intervención del declarante, sino que hubiera sido necesario acreditar la falsedad del testimonio con el aporte de un fallo que en tal sentido lo reconociese.

En síntesis, al cotejar la demanda con el contenido de los fallos de instancia, sin dificultad se observa que el planteamiento propuesto por el

accionante ya había sido objeto de amplia discusión en la debida oportunidad procesal, lo que de bulto contradice su formulación al interior de la causal tercera, pues nada tiene de novedad lo ahora expuesto, en relación con lo que fuera objeto y centro del superado debate probatorio.

Pero si el demandante encamina el libelo a demostrar que la sentencia tomó asidero en la versión del investigador judicial, en ese caso olvida indicar la causal correspondiente, de modo que ni uno ni otro requisito se avienen con la informal demanda analizada, asimilable tal vez a un extemporáneo escrito de instancia, carente de la entidad suficiente para cuestionar la presunción de acierto y de legalidad que emanan de la cosa juzgada, lo que hace viable el rechazo del escrito, según así lo impone el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de casación penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. RECONOCER al doctor Rafael de Jesús Barbosa Mercado, como apoderado del sentenciado Jorge Hernández Candela, en los términos y para los efectos que indica el memorial poder, y

2. INADMITIR la demanda de revisión formulada mediante apoderado por el sentenciado Jorge Hernández Candela.

3. Remítase copia de esta providencia al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, para que obre en la actuación respectiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION

El artículo 17 del código penal dispone que la extradición se solicitará, concederá y ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos, y a falta de éstos se procederá conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

Conforme a las previsiones del artículo 558 ibídem, el concepto deberá fundamentarse en la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14039

Aprobado Acta No. 64

VISTOS

La Corte rinde concepto sobre la solicitud de extradición de Sergio Duvois, elevada por el gobierno de Estados Unidos de América.

LA SOLICITUD

1. Los Estados Unidos de América por intermedio de su Embajada en nuestro país, mediante nota verbal número 003 del 7 de enero de 1998, formalizó la solicitud de extradición del ciudadano extranjero Sergio Dubois, también conocido como Alberto Guzmán, quien fue capturado con fines de extradición el once de noviembre de mil novecientos noventa y siete, en cumplimiento de la resolución del seis de noviembre del mismo año, proferida por el Fiscal General de la Nación.

2. El Estado requirente adjuntó a la petición de extradición los siguientes documentos:

2.1. Copia de la resolución de acusación número 92-622-CR-KING, dictada el 14 de octubre de 1992 por el Fiscal Federal Auxiliar para el Distrito Meridional de Florida Charles S. White, en virtud de la cual acusa entre otras personas a Sergio Dubois, por los delitos de concierto para poseer cocaína con la intención de distribuirla y posesión real de cocaína con la intención de distribuirla, previstos en los títulos 18 y 21 del código de los Estados Unidos. F. 17 a 27, anexo 1.

Los hechos de la referida investigación penal fueron reseñados en la nota verbal de la manera siguiente:

"El 30 de septiembre de 1992, un detective del Departamento de Policía de Metro-Dade fue informado por un informante confidencial (IC) que había sido contactado por Sergio Dubois sobre la compra de varios kilogramos de cocaína. Dubois le manifestó que conocía de dos colombianos que estaban interesados en comprar 32 kilogramos de cocaína. Bajo las instrucciones del detective, el IC hizo los arreglos para reunirse con Sergio Dubois y la esposa de éste a la hora del almuerzo. Cuando el IC se reunió con los Dubois, la señora Dubois le presentó a dos colombianos, Frank Gutiérrez y Fernando González. Durante la reunión, González discutió los detalles de la transacción de droga estando en presencia de los Dubois.

El IC hizo los arreglos para que Gutiérrez y González se reunieran con un detective encubierto quien negoció el precio de compra de la cocaína. Se acordó que los colombianos pagarían US $ 96.000 dólares por 8 paquetes de cocaína de kilogramo cada uno. Una vez se hizo el intercambio de la cocaína por el dinero, Gutiérrez y González fueron detenidos y llevados a la oficina de la Agencia para el Control de las Drogas (DEA). Poco tiempo después el IC se reunió con los Dubois y les entregó US $ 4.000 en carácter de comisión. A los pocos minutos, ellos fueron abordados por detectives de Metro-Dade y fueron detenidos.

Después de que Sergio Dubois fue detenido, le fue otorgada la libertad bajo fianza y le fue ordenado volverse a presentar para el juicio. No se presentó y huyó de los Estados Unidos".

2.2. Copia de la acusación presentada por el Gran Jurado contra Sergio Dubois y otros por los cargos antes mencionados. F. 15 y 16, anexo 1.

2.3. Copia del auto de detención que el 14 de octubre de 1993 dictó el Tribunal Federal de Distrito, Distrito Meridional de Florida, en contra del solicitado en extradición. F. 12, anexo 1.

2.4. Copia de las normas penales pertinentes del código de los Estados Unidos de América. Fs. 7 a 11, anexo 1.

2.5. Copia de la declaración jurada de Willie Hawkins, Agente Especial de la Administración para el Control de Estupefacientes de los Estados Unidos. F.2 a 6, anexo 1.

2.6. Fotografías en posición de frente y perfil del estadounidense Sergio Dubois. Folio 1°, anexo 1.

2.7. Huellas digitales pertenecientes al pedido en extradición, tomadas el 6 de octubre de 1992. Fs. 29 y 30, anexo 2.

TRÁMITE DE LA SOLICITUD

1. Luego de requerir a Sergio Dubois para que designara defensor en el trámite de extradición que esta Corporación adelanta en su contra, se procedió a correr el traslado previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, comunicando el solicitado que renunciaba a cualquier término, por cuanto su deseo es ser extraditado a los Estados Unidos a la mayor brevedad posible, para poder defenderse de los cargos que allí le imputan.

2. Mediante providencia del 17 de marzo último, se dispuso dejar el proceso en la secretaría por el término de cinco días para alegar, oportunidad de la cual hizo uso el señor defensor, quien aboga porque la Sala rinda concepto favorable a la solicitud de extradición, pues el interés de su prohijado es ir lo más pronto posible a los Estados Unidos para solucionar de una vez por todas su situación jurídica.

CONCEPTO DE LA CORTE

1. El artículo 17 del código penal dispone que la extradición se solicitará, concederá y ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos, y a falta de éstos se procederá conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

En el presente caso la normatividad aplicable es la contemplada en el Libro V, título I, Capítulo III, estatuto procesal, por cuanto no existe en el momento tratado de extradición que regule el asunto, como señala el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, en oficio número 574 del ocho de marzo del año en curso.

2. Conforme a las previsiones del artículo 558 *ibidem*, el concepto deberá fundamentarse en la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

La Corte abordará en el orden enunciado el estudio de cada uno de estos aspectos, no sin antes advertir que el allanamiento a la solicitud de extradición efectuada por el requerido y su defensor no exonera a la Corporación de realizar dicho análisis, pues de incumplirse alguno de ellos, el concepto no puede ser otro que desfavorable.

2.1. La validez formal de los documentos presentados: El Oficial Asistente de Autenticaciones del Departamento de Estado certifica sobre la autenticidad de los documentos anexos a la solicitud de extradición y a su vez el Consulado de Colombia en Washington da fe respecto de la veracidad de su firma. La Secretaria General del Departamento de Justicia certifica que la señora Linnea R. Johnson es Juez del Tribunal Federal de Distrito, Distrito Meridional de Florida, ante quien el Fiscal Charles S. White presentó acusación contra Sergio Dubois y el Agente Especial Willie Hawkins rindió declaración. Además, el Secretario del Tribunal Federal de Distrito hace constar que las copias de la resolución de acusación del Gran Jurado y del auto de detención proferido en contra del solicitado, son fiel y exacta reproducción del original.

De otra parte, la traducción al español de los documentos aportados fue realizada por un funcionario especializado de la Oficina de Servicios del Lenguaje del Departamento de Estado, según certificación suscrita por el Asistente de la Oficina de Autenticaciones de esa Dependencia oficial.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que en la expedición y trámite de los referidos documentos, así como en su traducción, se cumplieron con las formalidades prescritas en las normas de los Estados Unidos, la Corte los tendrá como aptos para servir de prueba en el presente asunto.

2.2. La demostración plena de la identidad del solicitado: Con fundamento en los elementos de juicio allegados, no hay duda que Sergio Dubois es la persona solicitada en extradición por el gobierno de los Estados Unidos de América, al punto que este aspecto que no fue motivo de cuestionamiento por parte del requerido o su defensor.

En efecto, la Nota Verbal No. 003 del siete de enero del presente año, señala que Sergio Dubois, también conocido como Alberto Guzmán, es ciudadano de los Estados Unidos, nacido el 11 de octubre de 1933 en Cuba, correspondiendo su descripción a la de un hombre de raza blanca, de 5 pies y 10 pulgadas de estatura, de 180 libras de peso, con escaso pelo canoso y ojos carmelitos. Además, se allegaron fotografías de frente y perfil del requerido, así como sus huellas digitales, lo cual descarta cualquier duda sobre su identidad.

2.3. El principio de la doble incriminación: El artículo 549 numeral 1° del código de procedimiento penal establece que para que pueda concederse la extradición se requiere, además, que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y se halle reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferir a cuatro años.

De conformidad con las acusaciones proferidas por el Fiscal Federal Auxiliar para el Distrito Meridional de Florida y el Gran Jurado, al solicitado Sergio Dubois se le imputan los cargos de asociación delictiva para poseer cocaína con la intención de distribuirla y posesión real de cocaína

con la intención de distribuirla, en contravención de las Secciones 846 y 841 del Título 21, Código de los Estados Unidos.

Estos hechos punibles también se encuentran tipificados en la legislación penal colombiana, pues el artículo 186 del código penal, modificado por el artículo 8° de la ley 365 de 1997, consagra el ilícito de concierto para cometer delitos de narcotráfico, señalando una pena privativa de la libertad de diez (10) a quince (15) años de prisión.

Por su parte, los artículos 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, y 38 *ibidem*, sancionan la posesión de cocaína con pena de prisión de doce (12) a veinte (20) años, cuando la cantidad de esa sustancia supera los cinco (5) kilogramos, como ocurre en el caso *sub judice*.

En consecuencia, el principio de la doble incriminación se satisface a cabalidad, toda vez que los ilícitos por los cuales Sergio Dubois es reclamado en extradición, también son delitos en la legislación penal colombiana y la sanción mínima prevista para ellos es superior a cuatro años de prisión.

2.4. Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero: Este requisito también se cumple, toda vez que el Fiscal Federal Auxiliar para el Distrito Meridional de Florida y el Gran Jurado profirieron acusación contra Sergio Dubois y otros, actos procesales que en nuestra legislación equivalen a la resolución de acusación.

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

RESUELVE:

1. Conceptuar favorablemente a la extradición del ciudadano de los Estados Unidos Sergio Dubois, respecto del concurso de los delitos de asociación delictiva para poseer cocaína con la intención de distribuirla y posesión real de cocaína con la intención de distribuirla, por los cuales la justicia estadounidense lo llamó a juicio.

2. Comuníquese esta determinación al Fiscal General de la Nación y devuélvase el presente diligenciamiento al Ministerio de Justicia y del derecho para lo de su cargo.

Comuníquese y cúmplase

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA FUNCIONAL/ FISCAL

El artículo 125.3 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 19 de la ley 81 de 1993, confiere a los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial la facultad de desplazar a los Fiscales Delegados ante los Juzgados del respectivo Distrito, en la investigación, calificación y acusación de los asuntos a su cargo, previa resolución motivada que así lo ordene. Igual atribución se concede al Fiscal General de la Nación y a los Fiscales Delegados ante la Corte y el Tribunal Nacional (arts. 121.2, 123.3, 124.5).

Cuando el ente acusador hace uso de esta opción, no se presenta, como equivocadamente lo planteó el censor, alteración de la competencia funcional; el desplazamiento en estos casos es del funcionario, no de sus funciones, y por ello, quien asume el conocimiento de la investigación debe hacerlo con respeto del marco de competencia propio del Fiscal desplazado.

Es por esto que la función acusatoria, de llegar a materializarse, debe cumplirse ante el Juez del Fiscal que ha sido objeto de remoción, siendo ese funcionario, y no el Juez ante el cual cumple ordinariamente funciones el Fiscal que hace el desplazamiento, el llamado a conocer de la etapa del juicio.

De no ser así, habría que aceptar que a través de una resolución administrativa del Fiscal General, o de sus Fiscales Delegados ante los Tribunales, se puede modificar el sistema de competencia legalmente establecido, lo cual resulta jurídicamente insostenible, en cuanto implicaría el desconocimiento de la normatividad legal reguladora de la materia y, por contera, de la garantía constitucional del juez natural, sin contar, además, la usurpación que de la función legislativa por parte del Fiscal ello comportaría.

En este orden de ideas, se tiene que la segunda instancia no puede resultar afectada por el simple acto de reasignación del caso a un Fiscal Delegado de mayor nivel o jerarquía que el habitualmente de conocimiento, siendo, por tanto, ante el funcionario que debería conocer de la impugnación si el desplazamiento no se hubiera presentado,

ante quien debe surtirse el recurso. Propuesta en sentido distinto no es posible en el régimen vigente y ha de tenerse como de lege ferenda.

Se exceptúa la hipótesis de desplazamiento por parte del Fiscal General de la Nación, en cuanto que sus decisiones no admiten recurso distinto del de reposición (art.121.2, modificado por el 17 de la ley 81 de 1993), lo cual resulta explicable si se da en considerar que es el representante y director supremo del ente acusador, razón por la cual los Fiscales ante la Corte, los Tribunales y los Juzgados, son sus Delegados; luego mal podrían éstos entrar a revisar la legalidad de sus providencias, en una manifiesta inversión de la operancia del recurso de alzada.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 10365

Aprobado Acta No.62, abril 30/98

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de septiembre 30 de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a los procesados Héctor Fabio Rosero Bermúdez y Francisco Ferney Tapasco González, a las penas principales de diez (10) años de prisión y un (1) año de arresto, respectivamente, como autores responsables, en su orden, de los delitos de homicidio y encubrimiento por favorecimiento.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 18 de julio de 1992, siendo aproximadamente las 10 de la noche, en la Fuente de Soda "Reminiscencias" del Municipio de Supía (Caldas), Orlando de Jesús Salazar Gallego, profesor del Instituto Integrado de esa localidad, quien en ese momento departía con su hermano Juan Manuel y sus amigos Ecce homo Valencia Ramírez, Abelardo Torrijos Rivera y Conrado Posada Rangel, fue atacado con arma de fuego por un sujeto que sorpresivamente se acercó y le disparó en repetidas oportunidades, causándole la muerte. En el atentado resultó igualmente herido Posada Rangel, a quien se le dictaminó una incapacidad definitiva de 10 días sin secuelas (fls.283).

A prudente distancia del lugar de los hechos el agresor fue auxiliado por el campero línea montero, marca Mitsubishi, color sílice tornado, con placas AUJ-725, de propiedad de la Asamblea Departamental de Caldas, asignado al Diputado Francisco Ferney Tapasco González, Presidente para entonces de la Corporación, en el que se movilizaban varias personas, entre ellas "el muchacho" que lo conducía desde temprano.

De este episodio dan cuenta en el proceso Juan Manuel Salazar Gallego -hermano de la víctima- (fls. 16, 207, 949), el oficial de la Policía Nacional Luis Gerardo Rodríguez Moreno (fls. 13) y el Agente Félix Eduardo Acosta Ramos (fls.38, 437 y 959), quienes persiguieron al victimario hasta el lugar donde fue auxiliado por los ocupantes del Montero Mitsubishi.

El 4 de agosto, las autoridades de Policía del Municipio de Filadelfia (Caldas) hallaron abandonado en su jurisdicción el referido automotor, totalmente desvalijado (fls.25, 28 y 304).

En el momento del atentado, el Diputado Tapasco González se encontraba departiendo con Sandra Tulia Cardona en el bar "Bavaria", ubicado frente al establecimiento donde se hallaba la víctima. En el mismo sitio, haciéndole compañía, fueron vistos algunos de sus escoltas personales, al igual que Héctor Fabio Rosero Bermúdez, quien llegó al lugar en el pluricitado vehículo, en compañía del conductor (fls.41, 102 vto., 348, 960).

Luis Angel Moreno Piedrahita, quien estuvo con la víctima hasta minutos antes del atentado, sostiene que esa tarde, María Crimaneza Bermúdez, madre de Héctor Fabio Rosero Bermúdez, buscó en dos ocasiones a Orlando de Jesús para reclamarle por la desaparición de unos sacos de cemento del depósito de materiales del plan de vivienda "Supireña", del cual estaba encargado, y que en la segunda oportunidad Héctor Fabio, quien la acompañaba, lo amenazó diciéndole que ese problema se arreglaba "con una palada de tierra".

Se refirió al comentario público que circulaba en el sentido de que el ordenador del homicidio había sido el Diputado Tapasco González; el autor material un señor apodado "Botines", guardaespaldas del anterior; y, Héctor Fabio Rosero Bermúdez, la persona que huyó con el homicida en el carro de la Asamblea. Recuerda haber escuchado estos rumores de los profesores Gonzaga de Jesús Díaz Hernández y Gustavo Humberto Castaño, pero insiste que se trataba de un comentario de conocimiento público. Agrega que la víctima en alguna oportunidad le comentó de un trabajo de electrificación que debía ejecutar o estaba realizando en la casa del Diputado, a instancias de su hermana María Nubia Tapasco, y que con ocasión de dicho contrato se presentaron diferencias entre ellos, según comentarios de la gente. Apoyado en las fotografías visibles a folios 171 y 173 del proceso, reconoce a Henry de Jesús Carvajal León como una de las personas que acompañaban a Francisco Ferney la noche del insuceso, y la misma que vio en compañía de Héctor Fabio Rosero Bermúdez minutos antes del atentado (fls.91 vto. y 959 vto.).

En sus giras, el Diputado Tapasco González se hacía normalmente acompañar de Henry de Jesús Carvajal León, Pedro Nel Ochoa Ochoa, Mauricio Sánchez Ladino y Héctor Fabio Rosero Bermúdez, quienes eran conocidos en la región como personas de confianza, encargadas de su seguridad personal (fls.73 vto..113 y 119 y ss.), y también de Jaime Gutiérrez Sánchez,

agente asignado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), quien lo escoltaba el día del atentado (fls.113).

De estas personas únicamente Héctor Fabio Rosero Bermúdez y Jaime Gutiérrez Sánchez declararon en el proceso; el primero en calidad de imputado y, el último, de testigo (fls.138, 165 y 268). A Mauricio Sánchez Ladino no fue posible localizarlo (fls.418), y Henry de Jesús Carvajal León y Pedro Nel Ochoa Ochoa fueron hallados muertos el 28 de julio de 1992 en lugares distintos del Departamento de Caldas (fls.71 vto., 73, 131 y 173).

El día siguiente de los hechos, Francisco Ferney Tapasco González se presentó a la Inspección Municipal de Policía y Tránsito de Supía a formular denuncia penal por la desaparición del montero Mitsubishi y de los documentos correspondientes al mismo, de en frente del bar "Bavaria", donde la noche anterior lo tenía estacionado, según consta en la certificación visible a folios 215, y la respectiva denuncia (fls.79 y 215).

En declaración bajo juramento, la Secretaria de la Inspección Municipal de Policía y Tránsito de Supía, Olga Lucía Palacio Aristizábal, sostuvo que el domingo 19 de julio trabajó hasta la una de la tarde, hora en que se cierra la oficina, y que mientras permaneció en ella no se presentaron denuncias, ni fueron visitados por Francisco Ferney Tapasco. En sus primeras versiones dijo no haber abandonado la oficina la mañana de se día, pero en una última ampliación acepta que lo hizo a eso de las once horas (fls.87, 337 y 512 vto.).

El Inspector, por su parte, afirma haber recibido personalmente la denuncia el domingo 19, a las nueve (9) de la mañana, cuando su secretaria se encontraba desayunando, y no haber recogido su firma ese día por olvido. Sólo vino a hacerlo el miércoles, debido a que el lunes era fiesta nacional y el martes descanso (fls.88).

Mediante Resolución No.006 de 19 de agosto de 1992, la Fiscal Coordinadora de la Unidad de Fiscalías ante el Tribunal del Distrito Judicial de Manizales, designó a un Fiscal de la Unidad para que asumiera la investigación y calificación del proceso, con desplazamiento del Fiscal Delegado de la Unidad de Riosucio que hasta entonces venía conociendo del mismo (fls.59 bis y 241).

El Fiscal designado abrió investigación, vinculó al proceso mediante declaración indagatoria a Héctor Fabio Rosero Bermúdez y Francisco Ferney Tapasco González (fls. 133, 138 y 360), y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva respecto del primero por el delito de homicidio; y, de caución y conminación, en relación con el último, por los delitos de falsa denuncia y favorecimiento (fls.148 y 398).

En su injurada, Rosero Bermúdez se muestra ajeno a los hechos investigados. Sostiene que ese día, desde las 7:30 de la noche hasta cuando se escucharon los disparos, permaneció en el bar "La Toscana", ubicado en el

parque principal, jugando naipes. No es cierto que antes de los hechos hubiera estado en la Fuente de Soda "Bavaria" en compañía del Diputado, o de sus escoltas, o paseando en el vehículo, ni que hubiera sostenido enfrentamientos con la víctima. Recuerda sí, haber visto en las horas de la tarde a Francisco Ferney acompañado de una muchacha, el escolta del DAS y dos personas más. Con el Diputado no ha mantenido ninguna clase de relación, y las veces que ha conversado con él ha sido para preguntarle por los resultados de las gestiones que se comprometió a realizar con el propósito de conseguirle un trabajo (fls. 138 y ss).

El Diputado Francisco Ferney Tapasco González rechaza igualmente cualquier participación en los hechos.

Comenta que ese día, a eso de las cinco de la tarde llegó procedente de Manizales en compañía de Sandra Tulia Cardona Rodas, Mauricio Sánchez Ladino y Jaime Gutiérrez Sánchez, en el Montero de la Asamblea. Inicialmente visitó el parque principal y después se dirigió al Grill "Bavaria", donde permaneció con Sandra Tulia hasta después del atentado. Cuando se escucharon los disparos, su amiga lo arrastró hacia la pista de baile, y minutos después llegaron Jaime y unos familiares suyos, quienes lo llevaron a la casa. De la desaparición del vehículo sólo vino a darse cuenta el día siguiente, en las primeras horas de la mañana, cuando salió a buscarlo acompañado de Jaime Gutiérrez Sánchez, escolta del Departamento Administrativo de Seguridad. De inmediato se dirigió a la Inspección de Policía a formular la denuncia, habiendo sido atendido personalmente por el Inspector, quien se hallaba solo. Mientras esto sucedía, su escolta permaneció en el parque. Nadie distinto de él manejó el automotor ese día, y no es cierto, como se afirma, que hubiera ordenado la muerte del profesor, o facilitado el vehículo o el arma para hacerlo. Con Henry de Jesús Carvajal León y Pedro Nel Ochoa Ochoa no tuvo relaciones diferentes de las que surgen con personas que se acercan a solicitar ayuda para conseguir trabajo, y Héctor Fabio Rosero Bermúdez es hijo de una señora que le colabora políticamente desde hace varios años. Los primeros no estuvieron en Supía el día de los hechos, y con Héctor Fabio recuerda haberse saludado en el parque, antes de dirigirse al bar "Bavaria" (fls.360 y ss).

Coincidentes con su versión son los testimonios de Jaime Gutiérrez Sánchez (escolta del DAS) y Sandra Tulia Cardona Rodas (acompañante de Francisco Ferney). Cuando los disparos, según la versión del primero, se encontraba en la casa de Marcos Tapasco (hermano del Diputado), acompañado de Mauricio. Inmediatamente se dirigieron al sitio donde se encontraba el Diputado y lo llevaron para la casa. El día siguiente, pasadas las 8 de la mañana, acompañó al Diputado al parque, supuestamente con el propósito de recoger el vehículo, pero éste no lo encontraron. Francisco Ferney se dirigió solo al Palacio Municipal y al salir le comentó de la pérdida del montero y la presentación de la denuncia, pero no informaron lo sucedido a la policía, ni adelantaron averiguación alguna al respecto, y en

seguida regresaron en bus a Manizales. Agrega que Pedro Nel Ochoa y Henry de Jesús Carvajal trabajaron en alguna ocasión protegiendo al Diputado, pero que el día de la muerte del profesor no viajaron con ellos, ni los vio en Supía. A Héctor Fabio sí pudo verlo en compañía del Diputado en el Grill "Bavaria", pero no puede asegurar si estuvo paseando en el vehículo, como se afirma, ni que el automotor haya sido movido del sitio donde se hallaba estacionado (fls.165 y 268; y 168 y 357).

Además de las versiones a las cuales se ha venido haciendo referencia, deben destacarse los testimonios de Eccehomo Valencia Ramírez (fls.8, 31), Abelardo Torrijos Rivera (fls.335) y Conrado Posada Rangel (fls.7 y 35), personas que acompañaban a la víctima en el momento del atentado, pero que no suministran mayor información sobre lo ocurrido; Pablo Emilio Rendón Montoya, propietario del bar "Reminiscencias" (fls.10 y 36); Fabio Ernesto Loaiza Pérez y Jorge Isaac Sánchez Corrales, administrador y propietario, respectivamente, del Grill "Bavaria" (fls.41 y 102 vto, y 45 vto); María Crimanceza Bermúdez Moreno, quien acepta haber sostenido un altercado con el profesor Salazar Gallego por la pérdida de un cemento, pero desliga del problema a su hijo Héctor Fabio y niega que hubiera ocurrido el día de su muerte (fls.94); María Nubia Tapasco González, hermana del Diputado, quien asegura que entre ellos y el profesor Salazar Gallego (compañero de labores) no se presentó problema alguno con ocasión del trabajo de electrificación realizado en su casa (fls.910); Roberto Antonio Ramírez Giraldo, a quien la víctima le comentó de las amenazas recibidas la tarde del atentado (fls.352); y, Gustavo Humberto Castaño Restrepo y Gonzaga de Jesús Díaz Hernández -citados por Luis Angel Moreno Piedrahita en su testimonio-, quienes niegan haber hecho los comentarios de que da cuenta dicho declarante. Gonzaga de Jesús asegura, además, haber visto a Héctor Fabio descender del Montero Mistsubishi, en compañía del conductor -una persona más o menos joven que no conocía-, antes del atentado (fls.350, 348 y 960 vto.).

Cerrada la investigación, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal encargada de la tramitación del proceso, profirió resolución de acusación contra Héctor Fabio Rosero Bermúdez por los delitos de homicidio agravado (art.324.7 C.P) y lesiones personales; y, respecto de Francisco Ferney Tapasco González, por favorecimiento y falsa denuncia (fls.571 y ss.). Apelada esta decisión por los defensores de los procesados, la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal, por auto de 17 de mayo de 1993, la confirmó integralmente (fls.645).

En la etapa del juicio, el juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) declaró la nulidad de la resolución acusatoria en lo relativo a la imputación por las lesiones personales, y dispuso expedir copias de lo actuado con destino a la Inspección Municipal de Policía de Supía, para su investigación (fls.703).

Celebrada la audiencia pública, el referido Juzgado condenó a Héctor Fabio Rosero Bermúdez a la pena principal de 16 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, por el delito de homicidio agravado; y, a Francisco Ferney Tapasco González, a la pena principal de 26 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 5 años, como autor responsable de los delitos de falsa denuncia y encubrimiento por favorecimiento (fls.1024). Paralelamente dispuso la expedición de copias para investigar penalmente a Sandra Tulia Cardona Rodas y Jaime Gutiérrez Sánchez por la posible comisión de un delito de falso testimonio; al Inspector Gersaín Giraldo Montoya por falsedad ideológica en documento público; y, a Francisco Ferney Tapasco por peculado culposo (fls.1056 y 1057).

Apelado este fallo por los defensores de los procesados, el Tribunal Superior de Manizales introdujo las siguientes modificaciones: 1) Excluyó la agravante deducida para el delito de homicidio y condenó al procesado Rosero Bermúdez a la pena principal de diez (10) años de prisión. 2) Absolvió a Tapasco González del delito de falsa denuncia y mantuvo la condena por encubrimiento, fijándole como pena por este delito un (1) año de arresto e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término (fls. 1099 y ss).

En contra de este pronunciamiento interpusieron recurso extraordinario los defensores de los procesados, pero la Corte, al revisar su procedencia, desestimó el propuesto por el defensor de Tapasco González, por no cumplir las exigencias punitivas requeridas para su tramitación (fls.4 y ss cd. Corte).

La Demanda

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación, sendos cargos formula el demandante al fallo impugnado.

Causal primera

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria y en la concreción de la situación jurídica del procesado.

Capítulo primero

Héctor Fabio Rosero Bermúdez fue relacionado con los hechos objeto de investigación debido a la amenaza que supuestamente le hizo a la víctima la tarde del atentado, en el sentido de que los bultos de cemento extraviados se pagaban con una "palada de tierra", según lo sostenido por el testigo Luis Angel Moreno Piedrahita.

Para el fallador de segunda instancia y los demás funcionarios que conocieron del proceso, éste declarante ha merecido "plena y total credibi-

lidad", siendo exaltado como un ciudadano de gran valor civil, que expuso su vida en aras de la justicia, y gracias al cual no quedó impune el crimen cometido.

Pero este testigo, no sólo es desmentido por las personas que él mismo cita, sino que presenta su propia teoría sobre los hechos, al concluir que quien ordenó el homicidio fue el Diputado Tapasco, motivado por el incidente del profesor Orlando de Jesús con la señora Crimaneza, el incumplimiento del contrato celebrado con su hermana Nubia Tapasco, y los aguardientes que tenía encima. Más que subjetiva, la postura de este testigo es tendenciosa e interesada en el resultado, aparte de que sólo utiliza expresiones vagas e imprecisas.

Cuando se llamó a declarar a Gonzaga de Jesús Díaz Hernández, afirmó no haberle hecho comentario alguno a Moreno Piedrahita sobre los posibles autores del crimen; y cuando lo hizo María Nubia Tapasco, dijo que el contrato celebrado con Orlando de Jesús para la electrificación de la casa se había realizado sin ningún contratiempo.

Por su parte, el padre y la esposa de la víctima, aluden a la existencia de vínculos de amistad, no de desafecto con el Diputado, y la testigo Ana Ilsa Giraldo de la Pava, Directora de la Escuela donde se guardaban los materiales, no sólo informa sobre la poca trascendencia del altercado que se presentó entre Orlando de Jesús y la señora Crimaneza por la desaparición de los bultos de cemento, sino que su dicho es prueba de que aquél no ocurrió la tarde del 18 de julio, sino en los días precedentes.

Como puede observarse, no es que se esté tildando de mentiroso al testigo Moreno Piedrahita porque la prueba haya demostrado que la discusión se presentó un determinado día y no otro, o porque las supuestas amenazas lanzadas por Héctor Fabio no hayan sido escuchadas por otras personas; es que todo lo afirmado por él fue desvirtuado.

De esta manera, se incurrió en un primer vicio de apreciación probatoria, pues se otorgó plena credibilidad al dicho de Moreno Piedrahita, con desconocimiento de los criterios que contempla el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal para la apreciación del testimonio, y las reglas de la sana crítica.

De acuerdo con los fallos de instancia, el motivo que determinó la occisión del educador Salazar Gallego, no habría sido otro que el enfrentamiento que se presentó por la pérdida de los bultos de cemento. Pero la cuestión es menos simple de lo que se ha querido plantear.

Héctor Fabio Rosero Bermúdez es una persona que carece de antecedentes penales y de policía. No es un matón o "perdonavidas", y así lo reseña su intachable pasado judicial. ¿Cómo explicar, entonces, que una persona de esta naturaleza se convierta de un momento a otro en homicida por un incidente tan insignificante y de poca monta? Quien así procede

es necesariamente una persona desalmada, y esto riñe con la personalidad de Rosero Bermúdez.

No resulta claro, por tanto, el señalamiento del episodio del cemento a manera de móvil del delito, como tampoco la deducción del indicio de amenazas anteriores, puesto que éstas deben revestir cierta entidad, y no pueden fundarse en simples comentarios, si es que se da en considerar la poco creíble versión de Moreno Piedrahita.

La sentencia deduce igualmente en contra del procesado el indicio de mentira, y lo refiere al hecho de haber negado la amistad con el Diputado, la conversación que sostuvieron el día del atentado, y su desplazamiento en el vehículo.

Cierto es que nadie se separa de la verdad a no ser por tener interés especial en la mentira, pero también es verdad que el acusado inocente puede incurrir en ella debido al miedo que se siente cuando se afronta un proceso judicial. En el caso analizado, Héctor Fabio sabía por los comentarios callejeros que al Diputado se le relacionaba con el crimen; que el vehículo de la Asamblea había sido hurtado, y su progenitora señalada como la promotora de la riña con el occiso. Siendo ello así, es apenas entendible que al ser sometido por primera vez a una indagatoria, incurriera en mentiras, tontas por demás, ya que negaba algo demostrado, como el hecho de haber conversado con el Diputado en la plaza de Supía.

El acusado, no es amigo íntimo de Francisco Ferney, ni uno de sus hombres de confianza, ya que de lo contrario desempeñaría cuando menos un puesto público; y acompañar al político en sus actividades proselitistas no es tener la condición de escolta, como lo asegura el DAS. Aparte de ello, Héctor Fabio no huyó, ni se ausentó de la población, ni cambió su identidad; pero ninguno de estos contraindicios de responsabilidad fueron tenidos en cuenta por los juzgadores.

Estas las razones por las que considera que en el análisis de la prueba indiciaria se presentó un error de hecho y, por consiguiente, "violación indirecta al contenido de los artículos 300, 301 y 303 del Código de Procedimiento Penal, ya que se ha roto la unidad indiciaria, además de haber sido analizados aisladamente" (fls.1157).

CAPÍTULO SEGUNDO

La sentencia de segunda instancia, al referirse a la responsabilidad del procesado Rosero Bermúdez en los hechos, precisa: "Nos identificamos tanto con el Juzgado como con la Fiscalía, al señalar que si en verdad no se sabe si Rosero Bermúdez accionó el arma de fuego, o lo hizo su compañero, de todas maneras participó en el hecho. En uno o en ambos eventos, actividad plural delincuencial, se hablaría de accesoriedad de la participación. En el ámbito interno de la accesoriedad

se dice que el fundamento de la punibilidad de la participación está en que provoca la decisión a una acción socialmente intolerable y por eso antijurídica, o favoreció su realización..." .

Como puede verse, se trata de una incriminación plural, indeterminada, general y gaseosa, que riñe con los principios generales del derecho de defensa y del debido proceso, en cuanto no concreta el grado de responsabilidad del procesado, pues se dice, "o que fue el que disparó, o que fue su compañero, o que de una u otra forma favoreció su realización".

La Fiscalía acusó al procesado como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales, figura que ciertamente contempla a quien realiza el hecho o determina a otro a realizarlo. Pero la investigación no demostró que Héctor Fabio hubiera sido el autor material del ilícito, ni el intelectual, o que determinara a un tercero a ejecutarlo.

Está demostrado que no fue el autor material del delito, no sólo porque no estuvo en el bar donde se hallaba la víctima, como se insinúa en la sentencia, sino porque la persona que disparó contra el educador y fue perseguida por Juan Manuel Salazar Gallego y el agente de la policía Félix Eduardo Acosta Ramos, es morfológicamente distinta de su representado. Además, porque este último, en la diligencia de reconocimiento en fila de personas con la presencia de Héctor Fabio, lo descartó como autor material de la occisión, al sostener que allí no se encontraba el sujeto perseguido por ellos.

¿Cuál entonces el fundamento para señalarlo como determinador de ese hecho de sangre, si no es con base en las especulaciones y rumores que introdujo al proceso el testigo Luis Angel Moreno Piedrahita? No existe la menor constancia de que el procesado se aliara con alguien para cometer la ilicitud, o prometiera dinero u otra prebenda, o de alguna manera determinara o favoreciera el suceso.

Tampoco puede argumentarse que buscara ayuda de su padrino político para cometer tan execrable acto, puesto que el señor Tapasco González legalmente es ajeno a dicho ilícito. Y agrega:

"La presunción de inocencia es la regla general, es al Estado, por intermedio de la Fiscalía y su órgano jurisdiccional, a quien le corresponde demostrar la culpabilidad de una persona, y lo anterior sólo se logra con base en pruebas legales, no en posiciones subjetivas, ya que se violaría una de las reglas de oro de cualquier legislación criminal civilizada, esto es, nunca puede presumirse en contra del procesado. Lo anterior lo expreso con el mayor respeto, pero también con la mayor inquietud, ya que sólo alarma puede suscitar el hecho de que se cierre el círculo en torno a un hombre en base a diversos y excluyentes compromisos penales, ya que se es autor material o intelectual, pero nunca uno en subsidio de otro. Jamás se puede dejar lo anterior en el limbo, el procesado debe tener conocimiento de cuál es el cargo que pesa en su contra; lo anterior desde la

resolución de acusación simplemente se tocó tangencialmente, pero nadie hasta el momento ha podido concretar ese grado de responsabilidad, el cual, insisto, sólo puede ser uno, así sea el de coautor, cargo que nunca le fue formulado, y al hablarse de determinador, entonces se hace referencia al autor intelectual, figura por la cual ni remotamente se hace referencia en relación a mi defendido en este extenso y oscuro proceso" (fls.1158 y 1159).

Ha existido, entonces, error en la apreciación de la prueba en cuanto al grado de responsabilidad penal, en donde la duda se convirtió en factor adverso al procesado. "El análisis probatorio de la segunda instancia nunca permitió determinar el comportamiento de Rosero Bermúdez a la luz del derecho, esto es, si fue quien mató, mandó a matar o favoreció ese homicidio" (fls.1159).

Esta falta de concreción constituye violación indirecta de la ley sustancial, concretamente del artículo 180.5 del estatuto procesal, que ordena precisar en la sentencia "la calificación jurídica de los hechos y la situación del procesado".

Los errores denunciados, además de manifiestos, fueron determinantes en la condena de Héctor Fabio. El fallo impugnado ha incurrido en falso juicio de identidad, al considerar plena prueba un testimonio que está plagado de contradicciones y del cual se desprende un peligroso ánimo subjetivo que apunta fundamentalmente contra los intereses del coprocesado Francisco Ferney Tapasco González. Se ha desatendido la sana crítica, se ha distorsinado el contenido de la unidad de la prueba y falseado su contenido fáctico.

Pide, en consecuencia, casar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver a Héctor Fabio reconociendo que no existe prueba cierta de su responsabilidad.

Causal tercera

Mediante resolución No.006 de 19 de agosto de 1992, la Fiscal Coordinadora de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, desplazó al Fiscal que venía conociendo del proceso y lo entregó a un Fiscal Delegado ante el Tribunal, quien investigó y calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria.

Apelada esta decisión, la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, a donde fueron remitidas las diligencias para que se desatara la impugnación, se abstuvo de hacerlo por incompetencia, y ordenó el envío del asunto a la Unidad Delegada ante el Tribunal, en donde un Fiscal distinto del que había proferido la providencia impugnada, pero de la misma categoría, conoció del recurso y confirmó el pronunciamiento.

Este procedimiento -afirma el demandante-, es constitutivo de nulidad, en cuanto viola el principio legal y constitucional de la doble ins-

tancia, con afectación del debido proceso, pues quien debe conocer de la apelación de una providencia es el superior del funcionario que la dictó y no uno de la misma categoría, como ocurrió en el caso estudiado.

No se discute que dentro de la Fiscalía se puedan presentar desplazamientos, pero si se hacen y en contra de las decisiones del funcionario que ha asumido la investigación se interpone recurso de alzada, el llamado a conocer será el superior, puesto que de lo contrario se estaría socavando la filosofía y esencia misma de la segunda instancia, y todos los Fiscales vendrían a tener la misma categoría, y no existiría orden jerárquico entre ellos.

La afirmación que se hace en el sentido de que el Fiscal que asume el conocimiento por desplazamiento cumple las funciones del Fiscal desplazado, y que por ello la apelación no modifica la competencia, es absurda, porque el Fiscal ante el Tribunal ha sido nombrado y posesionado como Fiscal de esta categoría, no como Fiscal Seccional. La Carta Política y las leyes preceptúan que en Colombia no pueden existir cargos que no tengan funciones detalladas en la ley o el reglamento, y los artículos 123 y ss. del Código de Procedimiento indican las funciones de los distintos grupos de Fiscales, y a los Delegados ante la Corte les ordena conocer de las apelaciones interpuestas en los procesos conocidos en primera instancia por los Delegados ante el Tribunal Superior. Por su parte, los artículos 216 y 217 del procedimiento penal y el 50 del Código Contencioso Administrativo, disponen que de la apelación debe conocer el superior de quien profirió la providencia y no un funcionario de la misma categoría.

En las anotadas condiciones, existe "violación directa de la ley sustancial, por error de derecho por aplicación indebida de las normas y originarse en esa nulidad, la cual a partir del auto que confirma la resolución de acusación ha subsistido dentro del proceso" (fls.1163).

Por las anotadas razones, demanda la nulidad de lo actuado a partir inclusive del auto mediante el cual fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal la resolución acusatoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, atendiendo al principio de prioridad que debe regir el planteamiento y análisis de las causales en casación, invierte, al estudiar el contenido de la demanda, el orden propuesto por el actor.

Causal tercera:

Considera que la actividad ritual cumplida por virtud del desplazamiento del Fiscal Seccional en el presente caso, resulta jurídicamente posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 125.3 del estatuto procesal, y que esto no tiene por qué afectar la estructura de las instancias. El Fis-

cal desplazante simplemente asume la función que le corresponde al Fiscal de primer grado, sin que ello implique una modificación de la segunda instancia.

Así las cosas, resulta acertado que ésta haya sido atendida en el caso *sub judice* por un Fiscal Delegado ante el Tribunal, pues la ley les asignó esta función, en razón de ser los delitos investigados de competencia de los Juzgados Penales del Circuito.

Por consiguiente, este cargo no puede ser de recibo.

Causal primera:

Inicia su estudio advirtiendo que el demandante plantea violación indirecta de la ley por error de hecho en la apreciación del testimonio de Luis Angel Moreno Piedrahita, pero omite indicar el falso juicio que lo genera, si de existencia o identidad, así como la incidencia que tuvo en la decisión impugnada.

De todas maneras, el ataque no se acomoda a ninguna de las hipótesis de errores de hecho, sino que se reduce a un enfrentamiento de criterios con el juzgador en torno a la valoración del testimonio de Moreno Piedrahita, a quien el demandante procura restarle credibilidad porque los testigos Gonzaga de Jesús Díaz, Gustavo Humberto Castaño Restrepo, Jesús Antonio Escobar Vélez, María Nubia Tapasco, Ana Ilsa Giraldo, Ramón Antonio Salazar Gómez (padre del occiso), y Blanca Isabel Giraldo Rendón (esposa del occiso), desdicen las afirmaciones del testigo.

Sostiene que los reparos del casacionista no podían orientarse hacia un nuevo debate sobre la tasación probatoria, y menos esgrimir apreciaciones personales ofreciendo un enfoque diferente al de las instancias, pretendiendo que se desconozca la valoración que los falladores hicieron del acervo probatorio, en especial del testimonio de Moreno Piedrahita, cuya versión se sopesó en conjunto con los otros medios de prueba, y se la calificó de espontánea, valerosa y sincera, "en tanto que la de Eccehomo Hernández no tuvo la misma suerte, dadas sus palabras que era mejor quedarse callado para conservar la vida".

Resulta inaceptable pretender que las pruebas se valoren por su cantidad, haciendo caso omiso a su contenido de veracidad. Una sola prueba, aún con contradicciones o interés, puede contener datos de veracidad que convencen al juzgador, al lado de una cantidad de pruebas no creíbles. En relación con los testimonios de Gonzaga de Jesús Díaz y Gustavo Humberto Castaño, quienes aseguraron no haberle hecho comentarios a Moreno Piedrahita sobre los autores y partícipes del delito, los juzgadores lo atribuyeron al miedo a declarar, dada la violencia reinante en la zona y el poder político del Diputado Tapasco.

Se refiere a la prueba que soporta la evidencia indiciaria duducida en contra del procesado, para sostener que la valoración realizada no contiene errores de hecho por preterm isión, suposición o tergiversación, sino

que corresponde a una legítima función de evaluación del caudal probatorio. Los fallos, exponen con claridad las razones que se tuvieron para determinar la responsabilidad penal del procesado y, sabido es, que acatadas las orientaciones de la sana crítica, no es dable ensayar otra versión, pues no se trata de crear situaciones y forzar circunstancias, sino de evidenciar un desacierto en el juzgador.

La sentencia se fundamenta en prueba indiciaria, a la cual los juzgadores le otorgaron especial valor. Este medio probatorio, no está sujeto a tarifa alguna, lo que equivale a reconocer que su confiabilidad reposa en la demostración racional del hecho indicador, como en la capacidad del Juez para sopesarlo e inferir la existencia del hecho indicado. "Es al Juez a quien corresponde asignarle a la prueba indiciaria el valor demostrativo que su convicción íntima le inspira, sin que su juicio pueda ser variado en casación, salvo en casos excepcionales y raros en que esa inferencia raye en lo absurdo por contrariar el sentido común de los fenómenos, o por ser el resultado de un error manifiesto de hecho, o de derecho, en la estimación de las probanzas correspondientes a los propios hechos indicativos o indiciarios" (fls.67 y 68 cd. Corte).

En su escrito, el censor cuestiona los indicios de manera independiente, haciendo caso omiso de su relación entre sí y de su vinculación con la versión de Luis Angel Moreno y otros aspectos incriminatorios consignados en el fallo impugnado. Por consiguiente, este cargo tampoco puede prosperar.

SE CONSIDERA

Al igual que lo hizo el Procurador Delegado en su concepto, la Corte aprehenderá el estudio de los cargos de la demanda en el orden lógico que impone la técnica del recurso. Por tanto, iniciará su análisis dando prelación al ataque fundado en la causal tercera.

NULIDAD

El artículo 125.3 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 19 de la ley 81 de 1993, confiere a los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial la facultad de desplazar a los Fiscales Delegados ante los Juzgados del respectivo Distrito, en la investigación, calificación y acusación de los asuntos a su cargo, previa resolución motivada que así lo ordene. Igual atribución se concede al Fiscal General de la Nación y a los Fiscales Delegados ante la Corte y el Tribunal Nacional (arts.121.2, 123.3, 124.5).

Cuando el ente acusador hace uso de esta opción, no se presenta, como equivocadamente lo plantea el censor, alteración de la competencia funcio-

nal; el desplazamiento en estos casos es del funcionario, no de sus funciones, y por ello, quien asume el conocimiento de la investigación debe hacerlo con respeto del marco de competencia propio del Fiscal desplazado.

Es por esto que la función acusatoria, de llegar a materializarse, debe cumplirse ante el Juez del Fiscal que ha sido objeto de remoción, siendo este funcionario, y no el Juez ante el cual cumple ordinariamente funciones el Fiscal que hace el desplazamiento, el llamado a conocer de la etapa del juicio.

De no ser así, habría que aceptar que a través de una resolución administrativa del Fiscal General, o de sus Fiscales Delegados ante los Tribunales, se puede modificar el sistema de competencia legalmente establecido, lo cual resulta jurídicamente insostenible, en cuanto implicaría el desconocimiento de la normatividad legal reguladora de la materia y, por contera, de la garantía constitucional del juez natural, sin contar, además, la usurpación que de la función legislativa por parte del Fiscal ello comportaría.

En este orden de ideas, se tiene que la segunda instancia no puede resultar afectada por el simple acto de reasignación del caso a un Fiscal Delegado de mayor nivel o jerarquía que el habitualmente de conocimiento, siendo, por tanto, ante el funcionario que debería conocer de la impugnación si el desplazamiento no se hubiera presentado, ante quien debe surtirse el recurso. Propuesta en sentido distinto no es posible en el régimen vigente y ha de tenerse como de *lege ferenda*.

Se exceptúa la hipótesis de desplazamiento por parte del Fiscal General de la Nación, en cuanto que sus decisiones no admiten recurso distinto del de reposición (art.121.2, modificado por el 17 de la ley 81 de 1993), lo cual resulta explicable si se da en considerar que es el representante y director supremo del ente acusador, razón por la cual los Fiscales ante la Corte, los Tribunales y los Juzgados, son sus Delegados; luego mal podrían éstos entrar a revisar la legalidad de sus providencias, en una manifiesta inversión de la operancia del recurso de alzada.

En el caso objeto de estudio, la competencia para conocer de las funciones de investigación, calificación y acusación en primera instancia estaba radicada en cabeza del Fiscal Delegado ante el Juez del Circuito de Riosucio, por tratarse de un asunto de su competencia, y en segundo grado, en los Delegados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (arts.72, 125.2 y 127 del C. de P. P., modificados por los arts.10 y 19 de la ley 81 de 1993).

Mediante Resolución No.006 de agosto 19 de 1992, la Fiscal Coordinadora de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal de Manizales, hizo uso de la facultad de desplazamiento otorgada por el citado artículo 125.3 del estatuto procesal, asignando el caso a un Fiscal Delegado de la Unidad, quien adelantó la investigación y profirió resolución acusatoria.

Al haber sido interpuesto recurso de apelación contra este pronunciamiento, la Unidad de Fiscalía ante la Corte, a donde fue remitido el proceso, se abstuvo de conocer de la impugnación por incompetencia, y dispuso su envío a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Manizales, en donde fue resuelto.

Ningún vicio que pueda afectar la validez del proceso se advierte en el trámite de la segunda instancia así cumplido al interior del ente acusador, pues siendo los Fiscales Delegados ante los Tribunales los llamados a revisar las decisiones proferidas en primera instancia por los Delegados ante los Jueces, era a ellos y no a la Unidad ante la Corte, a quienes legalmente competía conocer de la impugnación.

La circunstancia de pertenecer nominalmente los Fiscales de primera y segunda instancia a un mismo nivel jerárquico, no traduce desconocimiento del principio de la doble instancia, ni sustitución del sistema de impugnación vertical por uno horizontal, dado que lo real en estos casos es que cumplen funciones correspondientes a niveles de decisión distintos, como aconteció en el que es objeto de estudio.

El cargo no prospera.

Causal primera

Varios son los errores de carácter técnico y las inconsistencias de fundamentación que presenta esta segunda censura que, por su naturaleza, impiden a la Corte entrar en el estudio de fondo de la misma, ante la imposibilidad de poder descifrar su verdadero sentido.

Como se recuerda, el casacionista, en un primer capítulo, propone violación indirecta de los artículos 300, 301 y 303 del estatuto procesal por errores de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria y, dentro de un segundo acápite, violación indirecta del artículo 180.5 *ejusdem*, por no haber sido determinado el grado de responsabilidad del procesado, todo dentro de un mismo cargo.

Este planteamiento de entrada desatiende los principios de autonomía de las causales y de coherencia en la argumentación que, como directrices, deben informar todo ataque en sede extraordinaria, en cuanto involucra dentro de la misma censura errores propios de las causales primera y tercera, y procura la absolución del procesado sobre la base de concurrir vicios *in procedendo*.

Desentrañar la razón de ser de este desacierto no es tarea que corresponda asumir a la Corte, pero ha de presumirse que obedece al desconocimiento de lo que debe entenderse en casación por norma de derecho sustancial y norma de derecho procesal, por errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, conceptos cuya comprensión resulta necesaria para lograr una

correcta diferenciación de la naturaleza del vicio, la vía de ataque y las reglas técnicas que deben presidir su fundamentación.

Si el casacionista hubiera tenido claridad al respecto, habría entendido que la violación del debido proceso y el derecho de defensa por indeterminación en la resolución de acusación y en las sentencias de la responsabilidad del imputado en los hechos, es constitutiva de un error in *procedendo*, susceptible de ser invocado al amparo de la causal tercera de casación, no de la primera, y que su estimación por la Corte daría lugar a la anulación de la actuación, no a la absolución del procesado.

De todas maneras, si bien es cierto el Fiscal de primera instancia pudo haber incurrido en confusión de términos al concluir sus argumentaciones en torno a la forma de participación del procesado en el hecho, del contexto del discurso surge clara la concreción del cargo en relación con este aspecto de la imputación. Tanto es así, que ninguna implicación nociva llegó a tener en el ejercicio del derecho de defensa.

En cuanto tiene que ver con el ataque por vicios en la apreciación de la prueba indiciaria, el recurrente no sólo no demuestra los errores de hecho por falso juicio de identidad alegados, sino que se desvía de su propuesta inicial, para adentrarse en consideraciones sobre el valor demostrativo de la prueba indiciaria, fundamentalmente del testimonio de Luis Angel Moreno Piedrahita, sobre el cual los juzgadores construyeron el indicio de predisposición a ejecutar el hecho, con ocasión de las amenazas de muerte lanzadas momentos antes a la víctima.

En múltiples oportunidades la Corte ha sostenido que el error de hecho por falso juicio de identidad se estructura cuando el juzgador distorsiona la expresión material de la prueba, poniéndola a decir lo que ella no reza, y que su demostración debe efectuarse confrontando su contenido fáctico con la aprehensión material que de ella se hace en la sentencia.

Este no es el norte seguido por el casacionista, quien, como se viene de señalar, se adentra en la crítica de la aptitud demostrativa de la prueba testimonial, con apartamiento de la valoración realizada por los juzgadores de instancia, sin tener en cuenta que no es la disparidad de criterios, sino el desconocimiento manifiesto de las reglas de la sana crítica en el proceso de valoración de su mérito, lo que determina el surgimiento del error de hecho susceptible de ser alegado en esta sede.

De no llegarse a comprobar por el demandante la presencia de un error de esta naturaleza, bien porque no lo intenta, o porque la valoración de los juzgadores se ha ceñido a los postulados de la lógica, la experiencia o la ciencia, será el criterio consignado en el fallo impugnado el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparado.

En el análisis de la declaración de Luis Angel Moreno Piedrahita, el libelista interesadamente persigue desviar la atención hacia las afirmaciones del testigo sobre los comentarios callejeros de que tenía conocimiento, relacionados con los motivos del crimen, sus autores y las circunstancias del hecho, para sostener que absolutamente todos terminaron siendo desvirtuados en el proceso, y que, en las anotadas condiciones, no puede merecer credibilidad.

Esta forma de plantear el ataque resulta no sólo equivocada sino incompleta. Lo primero, porque es claro que el testigo, al hacer las anotadas precisiones, de lo que está dando fe es de la existencia de los comentarios, no de su contenido, como sesgadamente pretende hacerlo ver el casacionista, y porque la prueba allegada al proceso indica que estos rumores efectivamente existían (fls. 119 y ss).

Incompleta, porque termina haciendo abstracción del testimonio en su parte realmente importante, relativa al conocimiento directo que tuvo de las amenazas de que fue objeto la víctima, y prescindiendo del análisis de medios de prueba que, como la declaración de Roberto A. Ramírez Giraldo, confirman su dicho (fls.352).

La única afirmación del demandante que guarda realmente relación con el indicio cuestionado, viene dada por la referencia que hace al dicho de Ana Ilsa Giraldo de la Pava. Directora de la Escuela donde se encontraban los materiales, pero las conclusiones que obtiene de este medio de prueba difieren sustancialmente de su contenido, como quiera que la testigo no niega lo afirmado por Moreno Piedrahita, sino que se limita a referir un incidente distinto del presenciado por éste, aun cuando relacionado con el mismo motivo, lo cual viene a confirmar la existencia de los roces entre la progenitora del procesado y la víctima.

En relación con los otros indicios deducidos al procesado en las sentencias, el actor se limita a presentar una muy particular valoración de su mérito, apoyándose en el desconocimiento de la prueba demostrativa de los hechos indicadores, fundamentalmente la que afirma la presencia de su representado en el bar "Bavaria" la noche de los hechos y en el interior del vehículo momentos antes del atentado, la cual, además de prolífera, es contundente.

No sólo por yerros insalvables de naturaleza técnica, sino por inconsistencias en su motivación, se impone entonces la desestimación de la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, (con aclaración de voto); *Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

No obstante estar de acuerdo en la decisión tomada por la Sala, y particularmente en la desestimación del cargo de nulidad por haber resuelto la apelación de la resolución acusatoria dictada por un Fiscal Delegado ante el Tribunal, otro Delegado ante la misma Corporación, aclaro mi voto porque creo que la motivación debía haber incluido la siguiente conclusión:

1. La Constitución Política señaló como criterio general que toda sentencia puede ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, esto es, que ni siquiera tratándose de sentencias el mandato tiene carácter absoluto, y en la práctica eso se concreta en los fallos de única instancia que dicta la Sala penal de la Corte Suprema de justicia.

2. En cuanto a los autos y resoluciones la Constitución no tomó en forma directa partido, pero dentro del concepto del debido proceso se entiende que la consagración de los recursos corresponde a la ley, de modo que es ella quien debe regular todo lo pertinente, como efectivamente lo hace en el estatuto procesal penal.

El artículo 202 *ibidem*, dispone que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia, *salvo disposición en contrario*, lo que quiere decir que cuando el recurso no es viable la propia normatividad lo indica, por ejemplo, no son impugnables las decisiones que se profieran en el trámite de un impedimento o recusación (art. 117).

3. En el ámbito propio de la Fiscalía, en el numeral 2° del artículo 121 se autoriza al Fiscal General de la Nación para desplazar a cualquier fiscal delegado, y advierte la norma que *contra las decisiones que tome en desarrollo de la instrucción sólo procede el recurso de reposición*.

El numeral 3° del artículo 123 faculta a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia para desplazar, cuando lo considere necesario, a los fiscales delegados ante los Tribunales y Juzgados; el numeral 5° del artículo 124, da a los Fiscales Delegados ante el Tribunal Nacional la misma potestad respecto de los Fiscales Delegados ante los Juzgados Regionales; y el numeral 3° del artículo 125 permite lo mismo a los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores respecto de los Fiscales Delegados ante los Juzgados del respectivo Distrito.

Al DESPLAZAR al fiscal de inferior jerarquía el funcionario no asume su cargo sino el conocimiento del negocio, y por tratarse de una instancia superior, lo que a mi juicio debería concluirse es que el único recurso posible es el de reposición, con lo cual se logra el efecto de ahorrarse una instancia en el trámite, consecuencia permitida por la ley, y se evita la pura formalidad, que es lo que en realidad se convierte el recurso de apelación cuando quien lo resuelve es un funcionario del mismo nivel, y compañero de Unidad del que dictó la providencia.

Si quien asume el conocimiento de la instrucción es un servidor público de mayor rango del que ordinariamente le corresponde la competencia de primer grado, la garantía que pudiera representarle a los sujetos procesales la posibilidad de apelar está cubierta con esa intervención, y continúa con el derecho a impugnar ante el mismo que dictó la providencia.

1. Esta interpretación nada cambia respecto a la competencia del juez de conocimiento, pues lo que se hace es simplemente reconocer que una decisión que normalmente le corresponde a un fiscal delegado ante ese despacho, fue dictada por un superior jerárquico de él, pero el trámite del juicio se mantiene inalterado. Es lo mismo que si el Fiscal General resuelve asumir la acusación en un caso cuyo juzgamiento corresponde a un Tribunal o a un Juzgado, pues su intervención no da lugar a que el proceso pase a la Corte, ya que para juzgar no opera la figura del "desplazamiento".

5. Resumiendo las anteriores ideas, estimo que la nulidad alegada no estaba llamada a prosperar, pues en las circunstancias del caso planteado no debiera admitirse el recurso de apelación, sino únicamente el de reposición.

Fecha, *up supra*.

Ricardo Calvete Rangel
Magistrado

PROCESO PENAL/ RECURSO/ CASACION DISCRECIONAL- Oportunidad para interponerla

El proceso en general y el penal en particular sería inconcebible sin orden, sin etapas delimitadas, sin una estructura clara que demarque qué puede hacer el funcionario judicial, qué las partes y en qué momentos. Se trata del denominado principio de oportunidad, de eventualidad o de preclusividad, cuya importancia, aparte de la ya señalada de distribuir organizadamente la actividad de los sujetos del proceso, radica en constituirse en condición de validez de sus actos.

En materia de recursos el principio tiene plena operancia. Existe una oportunidad para proponerlos y sustentarlos, y por fuera de ella una y otra actividad carecen de valor, como también aquella dirigida a suplir una fundamentación deficiente.

La oportunidad procesal para solicitar la casación excepcional es el término de ejecutoria de la sentencia. Vale decir, dentro de los 15 días siguientes á la última notificación, mismo lapso con el cual cuentan los sujetos procesales autorizados para interponerlo, para ofrecerle a la Corte las razones de hecho y de derecho demostrativas de la necesidad del conocimiento del caso para el desarrollo de la jurisprudencia nacional, bien para darle una nueva orientación o para unificarla: o para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Si dicha era la oportunidad con la cual contaba el defensor para solicitar el recurso y fundamentarlo debidamente, el escrito complementario que allegó es extemporáneo y por lo tanto no puede tomarse en cuenta para ningún efecto.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., mayo cinco (5) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 14356

Aprobado Acta No. 64

VISTOS

Resuelve la Sala lo pertinente en torno al recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Juan González Petro, contra la sentencia del 16 de febrero de 1998 expedida por el Tribunal Superior de Montería, mediante la cual fue condenado a la pena de 18 meses de prisión y multa de $20.000.oo al ser hallado responsable del cargo de peculado por aplicación oficial diferente.

ANTECEDENTES

El procesado, en calidad de alcalde de Montería, ordenó trasladar el 7 de diciembre de 1994 de lo recaudado por sobretasa a la gasolina (cuya destinación exclusiva debía ser la financiación del plan vial para el transporte masivo urbano) la suma de $65.029.596.10, con los cuales cubrió el pago de los pensionados del municipio. Por la ocurrencia de dicho hecho se dio comienzo a la investigación penal respectiva, a instancia de la denuncia formulada por la Personería Municipal. El funcionario fue vinculado a la investigación y acusado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, mismo cargo por el cual resultó absuelto por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Montería el 19 de noviembre de 1997. Esta determinación fue apelada por la Procuraduría y el Tribunal Superior de dicha ciudad la revocó y produjo la sentencia respecto de la cual la defensa solicitó el recurso de casación excepcional.

La sentencia de segunda instancia adquirió ejecutoria el 17 de marzo de 1998 y el 10 de marzo anterior, es decir dentro del término legal, el defensor del procesado pidió que se le concediera el recurso de casación, en concordancia con el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. Sustentó en las siguientes razones la procedencia de su solicitud:

1. Por la naturaleza del delito, el cual es atentatorio de la administración pública, exige cierta cantidad de requisitos para su tipificación y existen criterios encontrados sobre el particular.

2. Porque debido a lo anterior es necesario el desarrollo y unificación de la jurisprudencia "en beneficio de la administración pública", dada la frecuencia con la cual tienen ocurrencia este tipo de casos "teniendo como característica el servicio a la comunidad".

3. Para que la Corte examine el proceso y establezca si se violaron o no las garantías fundamentales del inculpado.

4. Por la calidad de la persona condenada y debido a la disparidad de criterios judiciales sobre el caso.

5. Y finalmente porque el Tribunal estimó en la sentencia que el delito no ocasionó perjuicios a la administración pública.

Ya el expediente en la Corte, el defensor allegó un escrito adicional de sustentación de la solicitud del recurso de casación. Indicó, en primer lugar, que es procedente haberlo hecho, que ello es posible hasta antes de ingresar el proceso al despacho del Magistrado Ponente para resolver y que la razón de allegarlo es apoyar su pretensión, "...en aras de advertir, con la mejor y más posible precisión inicial, la viabilidad de este extraordinario medio de impugnación, más cercano a la naturaleza de acción que a la de recurso".

Expresa que "una interpretación teleológica de las normas, sustentada en los principios y valores de la Carta Política" permite colegir que al defensor le asiste el derecho de aclarar o desarrollar ante la Corte los argumentos presentados ante el Tribunal de segunda instancia. Basa esta conclusión en el artículo 228 de la Constitución Nacional, esto es en la prevalencia del derecho sustancial. Y agrega que aunque la situación no está regulada en el Código de Procedimiento Penal, una interpretación correcta del debido proceso y en especial del derecho de defensa lleva a concluir que el procesado tiene derecho a la presentación de un escrito complementario ante la Corte.

A renglón seguido ofrece una serie de razonamientos dirigidos a persuadir a la Sala para que le conceda el recurso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El proceso en general y el penal en particular sería inconcebible sin orden, sin etapas delimitadas, sin una estructura clara que demarque qué puede hacer el funcionario judicial, qué las partes y en qué momentos. Se trata del denominado principio de oportunidad, de eventualidad o de preclusividad, cuya importancia, aparte de la ya señalada de distribuir organizadamente la actividad de los sujetos del proceso, radica en constituirse en condición de validez de sus actos.

En materia de recursos el principio tiene plena operancia. Existe una oportunidad para proponerlos y sustentarlos, y por fuera de ella una y otra actividad carecen de valor, como también aquella dirigida a suplir una fundamentación deficiente.

En el caso examinado la defensa solicitó que se le concediera el recurso de casación excepcional, toda vez que la sanción máxima prevista para el delito por el cual resultó condenado su representado lo margina del recurso por la vía ordinaria. Y aunque lo hizo dentro del término de ejecutoria del fallo, presentó un escrito complementario cuando ya el proceso se encontraba en la Corte, pidiendo que se tuviera en cuenta en el examen pertinente orientado a concederle o no el recurso extraordinario solicitado. Dicha pretensión es, sin embargo, improcedente.

La oportunidad procesal para solicitar la casación excepcional es el término de ejecutoria de la sentencia. Vale decir, dentro de los 15 días

siguientes a la última notificación, mismo lapso con el cual cuentan los sujetos procesales autorizados para interponerlo para ofrecerle a la Corte las razones de hecho y de derecho demostrativas de la necesidad del conocimiento del caso para el desarrollo de la jurisprudencia nacional, bien para darle una nueva orientación o para unificarla; o para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Si dicha era la oportunidad con la cual contaba el defensor para solicitar el recurso y fundamentarlo debidamente, el escrito complementario que allegó es extemporáneo y por lo tanto no puede tomarse en cuenta para ningún efecto. En consecuencia, sólo con sustento en el memorial que presentó oportunamente ante el Tribunal Superior, definirá la Sala si hay o no lugar a concederle el recurso de casación. Y se concluirá que no es posible en consideración a que lo allí expuesto no satisface el requisito de sustentación requerido.

La necesidad de que la Corte conozca del caso para el desarrollo de la jurisprudencia nacional la fundamenta el peticionario, básicamente, en que el delito por el cual fue condenado el procesado exige cierta cantidad de requisitos para su tipificación y que sobre el particular existen criterios judiciales encontrados. Dicho argumento es insuficiente para conceder el recurso solicitado.

"Aunque la Corporación ha señalado -se expresó en otra oportunidad[1]- que en ninguna de las hipótesis a que se refiere el tercer inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal le es exigible al sujeto procesal que avance de manera exhaustiva los términos de la demanda de casación, también ha dejado claro que los fundamentos que esgrima en ese primer momento, así sean breves y concretos, deben señalarle a la Corte lo que se propondrá con la formulación de la demanda en caso de que el recurso extraordinario le sea concedido.

"No basta, entonces, cuando se plantea la necesidad de conocer el caso para el desarrollo de la jurisprudencia, aducir como se hace en el evento examinado, de manera general y abstracta, que sobre determinado tema la Corte no se ha pronunciado (o sencillamente, como sucede en el presente evento, que existen criterios encontrados en la aplicación de determinada norma). El planteamiento, así lo señala la lógica, debe estar ligado con los términos de la sentencia que se pretende demandar en casación y cuando el sujeto procesal la margina en ese ejercicio inicial, en la solicitud del recurso, lo que hace es una postulación en el vacío.

"Pero aun en el evento extremo de que ciertamente la Sala nunca se hubiera referido al mencionado delito, fundamentar la solicitud del recurso de casación en esa simple circunstancia (o en el planteamiento en abstracto de que existen criterios encontrados sobre los elementos que lo

[1] Providencia de agosto 28 de 1997. M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar.

estructuran), sin precisar a dónde se quiere llevar la discusión en la demanda una vez concedido el recurso, hace inadmisible la solicitud. Pensar en sentido contrario significaría aceptar que el recurso de casación excepcional fue concebido para lograr que la Corte, a manera de órgano consultivo, se pronuncie sobre temas que las partes estimen poco estudiados o que no haya tenido oportunidad de examinar.

"En conclusión, la fundamentación de la primera hipótesis que hace viable la concesión del recurso extraordinario de casación debe estar ligada a los términos de la sentencia, con explicación del punto sobre el cual se espera el pronunciamiento de la Corte y el aporte de las razones por las cuales se estima necesario que se produzca, para el desarrollo de la jurisprudencia, bien para darle una nueva orientación o para su unificación.Y como tales exigencias fueron incumplidas por el peticionario, la Corporación desestimará la solicitud examinada".

Debe advertirse, de otra parte, que la calidad personal del procesado no juega ningún papel en la determinación de si se concede o no el recurso extraordinario. E igualmente que para que la Corte lo admita con fundamento en la segunda hipótesis a que se refiere el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal en su parte final, debe aportar el peticionario las razones que demuestren en el grado de probable que una garantía constitucional ha resultado conculcada.En tal orden de ideas es completamente inadmisible aducir como argumento para que la Sala conceda la casación excepcional, que se solicita el recurso para que la Corte, previo el análisis correspondiente, establezca si hubo violación de garantías fundamentales. Si las cosas fueran así de sencillas carecería de sentido la figura de la casación discrecional.

Es improcedente, entonces, la concesión del recurso solicitado.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

No conceder el recurso de casación que por la vía excepcional solicitó el defensor del procesado Juan González Petro.

Devolver el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

La concesión del recurso de casación previsto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., es, como lo expresa la norma, de exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia, porque su procedibilidad depende del criterio de esta Corporación sobre la necesidad de "desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" aducida por el peticionario en su solicitud de aceptación del recurso con respaldo en el contenido procesal y la respectiva normatividad, condición que implica que, a diferencia del recurso tradicional consagrado en el primer inciso de la misma disposición legal, se trata de una impugnación de excepcional ingreso al tracto procesal, autorizado de expresa manera por la Corte.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal . Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia,*

Proceso No. 14357

Aprobado Acta No.064

Decide la Corte lo pertinente en torno al trámite que el Juzgado 4o.Penal del Circuito de Santafé de Bogotá ha dado al recurso de casación interpuesto por el procesado Manuel Antonio Iglesias Martínez en su propio nombre dada su calidad de abogado titulado, contra la sentencia proferida por ese mismo Despacho el 31 de octubre de 1997, condenándolo por el delito de abuso de confianza.

Antecedentes Pertinentes

1. Por hechos sucedidos en el año de 1990, denunciados por la señora Idma Lozada Sierra, el abogado Manuel Antonio Iglesias Martínez fue condenado como autor responsable del delito de abuso de confianza, en fallo proferido en primera instancia por el Juzgado 52 Penal Municipal de esta ciudad de Santafé de Bogotá, que el Juzgado 4o. Penal del Circuito confirmó al conocerlo en apelación interpuesta por la defensa.

2. En el término de ejecutoria de la sentencia de segundo grado el mismo sujeto procesal presentó un escrito manifestando interponer el recurso de casación excepcional previsto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. (ll. 350 ed. ppl.) y el Juzgado, en auto del 21 de noviembre

de 1997 (fl. 353 cd. id.), determinó aplicar al caso el procedimiento contemplado en los artículos 224 y siguientes del C. de P.P., de manera que concedió el recurso extraodinario y ordenó los traslados para demandante y no recurrentes, enviando finalmente el asunto a la Corte (fls. 353-370 cd. id.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La concesión del recurso de casación previsto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., es, como lo expresa la norma, de exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia, porque su procedibilidad depende del criterio de esta Corporación sobre la necesidad de "desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" aducida por el peticionario en su solicitud de aceptación del recurso con respaldo en el contenido procesal y la respectiva normatividad, condición que implica que, a diferencia del recurso tradicional consagrado en el primer inciso de la misma disposición legal, se trata de una impugnación de excepcional ingreso al tracto procesal, autorizado de expresa manera por la Corte.

En el caso que se examina, el Juzgado fallador de la segunda instancia, pese a la advertencia del recurrente en el escrito en que manifestó su interés impugnatorio de acogerse al recurso excepcional de casación, concedió el recurso y le imprimió el trámite propio del establecido en el primer inciso del artículo 218 del C. de P.P., asumiendo de *facto* la función de la Corte, cuya competencia legal no puede ser diferida, generando así la invalidez de la actuación cumplida desde inclusive, el auto del 21 de noviembre de 1997 que corre al folio 353 del cuaderno principal, que en consecuencia, habrá de declararse para que la actuación se cumpla conforme a derecho.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado en este proceso por el Juzgado 4o. Penal del Circuito de Santafé de Bogotá en relación con el recurso de casación, a partir, inclusive, del auto calendado el 21 de mayo de 1997, para que a la petición del recurrente se le imprima el trámite legal que corresponde. Para el efecto, en firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

Por constituir el cambio de radicación una excepción a las preceptivas que fijan la competencia para el juzgamiento por el factor territorial, debe ser exigente tanto respecto de la taxatividad de los motivos que lo suscitan, como en relación con su acreditación en cada caso concreto, según carga que de manera expresa fija el legislador en cabeza del solicitante (arts. 83 y 85 C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal -Santafé de Bogotá, D. C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Proceso No. 14275

Aprobado Acta No.61

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el cambio de radicación impetrado por la Fiscal 213 de la Unidad Segunda de Delitos Contra la Administración Pública y de Justicia de Santafé de Bogotá, respecto de la causa seguida en contra de exfuncionarios de la extinguida Empresa Puertos de Colombia y Fonecolpuertos, de la cual conoce el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Marta.

ANTECEDENTES

1. Rectificado el trámite de la solicitud en curso, debidamente presentada ahora por la señora Fiscal 213 Seccional de Santafé de Bogotá ante el Juzgado 5o. Penal del Circuito de Santa Marta, procede puntualizar en ella los siguientes fundamentos de soporte:

1.1. El Juez de conocimiento ha sido objeto de presiones por parte de la ciudadanía y de algunos defensores de los procesados, que dice son de público conocimiento en Santa Marta, pero que aquí omite precisar, indicando que las decisiones judiciales son proferidas bajo el influjo de causas políticas y de amistad.

1.2. Afirma que al tiempo de recibir inicialmente el proceso para reparto con motivo de una solicitud de control de legalidad, el Juez 5o. Penal del

Circuito de Santa Marta auguró que dicha actuación no llegaría "a ningún Pereira", habida cuenta de que por su volumen sería imposible proferir el fallo; opinión de la cual se hizo eco en un medio de comunicación escrito, cuyo aparte adjuntó.

Añade que una vez ejecutoriada la resolución de acusación contra varios de los imputados, el asunto le correspondió en conocimiento al mismo Juez 5° del Circuito que ya lo había conceptuado inviable, en cuyo trámite denota los siguientes episodios que propone como fundamento adicional de su postulación:

1.2.1. En la fecha fijada para aducir las pruebas decretadas en el juicio se enteró de su no realización, por lo que pidió por escrito se le comunicaran las razones de esa determinación. Pero su actitud fue calificada por los defensores como un acto de presión en contra del funcionario.

1.2.2. Como uno de los defensores no acudió a la celebración de la diligencia de audiencia fijada para el 11 de noviembre de 1997, se designó uno de oficio, y se fijó nueva fecha para el debate oral.

A este había acudido uno de los defensores con una máscara de payaso, declarando por los medios de comunicación que la audiencia era un circo, hecho que prueba con la anexión de un ejemplar del diario del Magdalena del 12 de noviembre de 1997, donde se hacen comentarios sobre el aplazamiento de la vista y las protestas de los defensores.

1.2.3. Que tampoco la diligencia logró realizarse el 27 de noviembre, en cuanto el defensor de oficio no aceptó la designación, y uno de los procesados no asistió con la justificación de hallarse hospitalizado, lo que produjo la liberación de los detenidos por vencimiento de términos.

Destaca que el abogado de la Defensoría del Pueblo fue presionado por los demás defensores, hecho del cual quedó constancia, relatando que además se le sometió a presiones junto con el Juez por parte de los familiares de los procesados quienes acudieron al recinto con pancartas y profiriendo arengas, para finalmente amotinarse a la salida, lo que a su juicio constituye un conjunto de actos que considera impiden que haya reales garantías para una administración pronta y eficaz de justicia.

1.3. Paralelamente entera que el Juez Tercero Penal del Circuito de Santa Marta continuó el trámite de la segunda causa derivada del proceso matriz, pese haber sido denunciado por un Magistrado por acceder a una tutela impetrada contra Foncolpuertos por Omar Niebles Archila, sin declararse impedido. Anexó certificación del Fiscal II de la Unidad de Fiscalías ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca sobre el trámite de un proceso seguido contra el Juez 6° Penal del Circuito de Santa Marta, por esos hechos.

2. Y como anexos adicionales acompaña los siguientes:

2.1. Copia de un informe rendido el 18 de junio de 1997 por el C.T.I. a la Directora Seccional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, relacionando el resultado de una averiguación cumplida a instancias de la señora Fiscal 213

Seccional, relativa a la posible existencia de un plan terrorista para atentar contra la sede de la Subunidad que adelanta la instrucción del proceso, el expediente, y el personal que la conforma.

Es de observar, no obstante, que ningún riesgo concreto se devela de las diligencias desplegadas, proponiéndose tan solo la práctica de algunas pruebas para verificar las atestaciones de la funcionaria, para quien se sugiere prestar medidas de seguridad, y

2.2. Copias de las Resoluciones 0211 (de octubre 4 de 1995) en que la Dirección Nacional de Fiscalías dispone la remisión del proceso de la Dirección Seccional de Santa Marta a la de Santafé de Bogotá, y 1940 (de noviembre 15 del mismo año) en que la Directora Seccional de Santafé de Bogotá le asigna dicha investigación a la Unidad 2a. de Delitos contra la Administración Pública de esta capital.

3. Apenas registrado el proyecto de decisión, tanto el señor Procurador 163 en lo Judicial de Santa Marta, como el señor defensor del procesado Omar Niebles Anchique hicieron llegar a esta sede sus razones, el primero apoyando la petición de la Fiscalía sobre la base principal de la dificultad surgida para la verificación de la audiencia, y el segundo oponiéndose a una sustitución de sede, argumentando la ausencia de hechos que la justifiquen, ante lo cual debe primar el principio del juez natural.

Consideraciones de la Sala

1. Propuesto que ha sido el presente cambio de radicación en la etapa de la causa y bajo la pretensión de trasladarla a otro distrito judicial, compete a la Sala resolver la postulación con arreglo a las previsiones contenidas en el numeral 8 del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. Sin embargo, y en orden a resolver, halla la Sala improcedente la petición de conformidad con las siguientes razones:

2.1. Por constituir el cambio de radicación una excepción a las preceptivas que fijan la competencia para el juzgamiento por el factor territorial, debe ser exigente tanto respecto de la taxatividad de los motivos que lo suscitan, como en relación con su acreditación en cada caso concreto, según carga que de manera expresa fija el legislador en cabeza del solicitante (arts. 83 y 85 C. de P. P.).

En relación con el motivo que anima a la señora Fiscal para invocar el cambio de radicación, en el inicio de su escrito sostiene que la variación la pide a otro Distrito Judicial "que no sea de nuestras Costas", y ella procede porque el funcionario del conocimiento "ha sido objeto de presiones y malos tratos por parte de la ciudadanía y apoderados... toda vez que es de conocimiento público que la ciudad de Santa Marta es una ciudad peque-

ña, donde se acostumbra a manejar todo tipo de actuaciones a través de amistades y compromisos políticos".

Y ya para terminar añade que ese cambio de sede se justifica porque en la ciudad de origen "no existen las garantías necesarias para que se lleven a cabo los juicios conforme a derecho que puedan corresponder a las resoluciones de acusación que profiera esta Fiscalía, en razón a la evidente parcialidad de los funcionarios judiciales que conocen, la presión que se ejerce sobre los mismos y la Fiscalía en el sentido de dilatar su actuación, mediante agresión verbal, amenazas personales y anónimos a manera de denuncias infundadas".

2.2. Siendo ello así, el primer escollo que surge para acoger la petición propuesta, deriva de la ausencia de prueba relacionada con la existencia de aquellos factores generales que se acusan como motivo de parcialidad en el Distrito Judicial de Santa Marta, pues cuando la solicitud no se ocupa de afirmaciones generales, se aplica a la aportación de medios carentes de relación con la causal que se invoca, según pasa a explicarse.

Como primer aspecto importa resaltar que era de cargo de la Fiscal entrar a demostrar por cierta una afirmación tan general como aquella de que en Santa Marta se acostumbra a manejar todo tipo de actuaciones a través de amistades y compromisos políticos, pues de ser realidad tan grave aserto, tendría que excluirse de allí todo proceso judicial y no solamente éste que aquí se dice seguido en contra de un nutrido personal de la Empresa Puertos de Colombia.

Y como no pueden ser de recibo esas afirmaciones generales, la conclusión que surge es la de falta de demostración de motivo tan concreto, porque la funcionaria no se aplicó a probar cuál era la amistad que comprometía aquí al Juez Quinto Penal del Circuito de Santa Marta, extensiva a todos sus colegas, como tampoco prueba de quién proviene ni en qué consiste la influencia política que en el caso de estudio dice envolver y ahogar toda posibilidad de administrar justicia.

Lo único que a este respecto se concreta es la expresión que hizo el indicado juez, mas ni siquiera al corresponderle el conocimiento del asunto, sino cuando le concernía su reparto, sin que la sola expresión de que un proceso tan voluminoso no llega a ningún "Peretra" pueda constituirse en factor que comprometa a los demás funcionarios de aquel circuito, ni esté impedida la Fiscalía, si es que con seriedad entiende que en tan espontánea manifestación medió malicia, para intentar la recusación del funcionario, como única persona en quien recaerían las sospechas.

Que la Dirección Nacional de Fiscalías haya ubicado en la Seccional de Santafé de Bogotá la instrucción, tampoco prueba los hechos que acusa la solicitante. Basta mirar la motivación de la Resolución 0211 que en tal sentido lo dispuso, para ver que quien reclamó esa decisión fue uno de

los defensores, y que la Dirección Nacional al decretarla apoyó la rectitud de la actuación cumplida, basando el cambio en factores como la magnitud del asunto, la cantidad de personas vinculadas y la necesidad de un soporte técnico contable permanente, aspectos todos ajenos y hasta opuestos a las razones que vienen ahora a aducirse.

Y que el asunto haya trascendido hasta los diarios donde se informan detalles de la causa, tampoco constituye motivo de presión ni de sospecha, como no pueden configurarlo los reclamos, ni los anuncios de denuncia o queja por parte de los defensores, pues además de que una y otra actividad responde al ejercicio de las labores legítimas de información y de ejercicio defensivo, según el caso, no por molesta que pueda serle al funcionario, tiene que interpretarse como factor que rompa o ponga a riesgo su imparcialidad en un determinado asunto, sin perjuicio del ejercicio que incumbe al juez de mantener el orden, aún aplicando medidas correctivas, o del derecho de aclarar, o de avisar los excesos que en cualquier caso protagonicen las partes, terceros, o aún el público asistente a una diligencia de audiencia.

Menos tratándose de aplazamiento o suspensión de audiencias o diligencias podría interpretarse su ocurrencia como factor que necesariamente conspire contra la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, sin perjuicio, claro está, del debido ejercicio de los derechos y controles que le otorga la ley a los intervinientes procesales, ni de la vigilancia judicial que le compete a la Procuraduría General de la Nación.

Por último, y en lo que atañe a la información que a manera de apoyo trae la solicitante sobre el recibo de unas llamadas en su casa de esta capital, es de advertir que sin soporte demostrativo distinto al dicho de la funcionaria, se trataría de hechos distintos de los invocados como causal de cambio de radicación; pero además, de conductas cumplidas fuera de la jurisdicción del Distrito Judicial de Santa María, lo que de nuevo rompe la relación que deberían tener con los motivos que se han traído para buscar la ubicación de la causa lejos del sitio de ocurrencia del delito.

En suma, por ausencia de prueba que dé soporte al motivo que invoca la solicitante, denegará la Sala el cambio de radicación propuesto, no sin hacerle ver al señor Procurador coadyuvante, que la dificultad en iniciar o concluir la diligencia de audiencia no constituye razón legal que auspicie lo pedido, menos si ella no se motiva en carencia de abogados, quienes tendrían, de acogerla, mayor dificultad en desplazarse.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

DENEGAR el cambio de radicación del proceso que sigue el Juzgado 5° Penal del Circuito de Santa Marta contra ex funcionarios de la Empresa Puertos de Colombia y Foncolpuertos, y del cual se ocupa esta solicitud.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia. Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

ACCION DE REVISION-Prueba nueva

El surgimiento de prueba nueva con miras a la revisión de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone en esa prueba la eficacia, o por lo menos la fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo condenatorio que resolvió el proceso, para demostrar, según el caso concreto, la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad al momento de delinquir. Trátase pues, de prueba que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer a lo largo de los debates, sea que se refiera a un hecho por entonces desconocido, o bien, que se concrete en algún desconocido aspecto esencial de un hecho procesalmente conocido.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo cinco (5) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 14299

Aprobado Acta No.064

Decide la Corte sobre la viabilidad de la acción de revisión promovida contra la sentencia dictada el 19 de abril de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en la que se condenó a Francisco Suica Ruiz como autor del delito de homicidio en la persona de Alfonso Parra Galindo. De tal manera se establecerá si la demanda reúne las exigencias de carácter formal previstas en el artículo 234 del C. de P. P.

ANTECEDENTES

1o. El 24 de enero de 1993 pasadas las seis de la tarde, en el sector rural conocido como 'Puerta de Potrero', vereda de Caros, de la comprensión municipal de Viracachá, Francisco Suica Ruiz disparó un arma de fuego que portaba contra Alfonso Parra Galindo, causándole la muerte, al cabo de un altercado de palabras que tuvieron cuando ocasionalmente se encontraron transitando el mismo camino, el primero acompañado de su esposa y el segundo solo.

2o. El sindicado adujo en su indagatoria haber actuado en legítima defensa de su vida, pero como quiera que el Juzgado del conocimiento, basado en los testimonios de las personas que al escuchar el disparo acu-

dieron al sitio de los hechos desechó la justificante, lo condenó, en fallo que el Tribunal Superior del Distrito confirmó al revisarlo en apelación (fls. 55-58 cd. C.).

3o.- Aunque la sentencia de segunda instancia se intentó impugnar extraordinariamente, por falta de sustentación el recurso fue declarado desierto (fl. 77), cobrando así ejecutoria ese pronunciamiento, contra el cual ahora promueve acción de revisión el condenado a través de su apoderado especial.

La Demanda

Aduciendo la aparición de prueba no conocida al tiempo de los debates durante el proceso, demostrativa de que el sentenciado obró bajo la justificante de legítima defensa, —causal 3a. del artículo 232 del C. de P.P.— el profesional solicita la revisión de la sentencia de las instancias, apoyando su pretensión en los testimonios extrajuicio rendidos en la Notaría 3a. del Círculo de Tunja (fls. 159-160) por Flor Marina Reyes de Suica, la esposa del sentenciado y Luz Carine López León el 20 de enero del presente año de 1998, según los cuales, el sentenciado se vio en la circunstancia de tener que defender su vida del aleve ataque que con arma cortocontundente le hizo el occiso, quien sorpresivamente salió de detrás de un árbol y al tiempo que lo injuriaba le hizo lances con un machete que portaba alcanzando a destrozarle su ruana, ante lo cual la única alternativa del agredido fue dispararle, con el resultado conocido.

En el acápite de "Pruebas" el actor solicita así mismo, que la Corte recepcione los testimonios de Eustorgia Barón, Angélica Arias y Blanca Corona.

Además de los testimonios primeramente referidos, adjunta como prueba copia fotostática de la actuación cumplida por la Fiscalía Seccional con sede en Ramiriquí, que terminó con auto inhibitorio, respecto de los hechos denunciados por el aquí sentenciado apenas tres días antes del homicidio por el cual fue condenado, según los cuales el occiso en compañía de otro sujeto le habrían hecho varios disparos. (fls. 82-111v.); también adjunta copia fotostática de la actuación disciplinaria adelantada por la Procuraduría contra el entonces Alcalde de Viracachá, Francisco Guerra, quien según afirma el demandante, fungió como investigador contra el sentenciado en otro asunto y declaró en contra suya en el proceso al que se refiere la acción de revisión.

Consideraciones de la Corte

El surgimiento de prueba nueva con miras a la revisión de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone en esa prueba la eficacia, o por lo menos la fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo condenatorio que resolvió el proceso, para demostrar, según el caso concreto, la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad

al momento de delinquir. Trátase pues, de prueba que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer a lo largo de los debates, sea que se refiera a un hecho por entonces desconocido, o bien, que se concrete en algún desconocido aspecto esencial de un hecho procesalmente conocido.

Bajo este supuesto, la prueba testimonial que el accionante considera nueva, aunque es un medio probatorio diferente del que el juzgador tuvo oportunidad de conocer por haberse recaudado durante la investigación, como lo fue la indagatoria del procesado, carece de la connotación de novedad a que refiere la causal 3a. de revisión consagrada en el artículo 232 del C. de P. P., porque el objetivo de este precepto legal no es el recaudo durante la acción de revisión, de elementos de juicio corroborativos de los allegados al proceso culminado y apreciados como indignos de crédito en el fallo— lo que equivaldría a desconocer su oportuna estimación judicial—, sino el de traer al conocimiento del juez extraordinario hechos trascendentes que estuvieron por fuera del proceso de cognición judicial durante la *litis*, y que por tanto, no pudieron ser aprehendidos por el sentenciador, generando así el error judicial determinante de un fallo injusto.

El fallo adjunto a la demanda en este preciso caso expresa que la circunstancia fáctica de que dan cuenta los testimonios extraproceso aportados con la demanda, fue alegada por el sentenciado en su injurada con idéntico significado y alcance jurídico —legítima defensa de su vida amenazada injustamente por el occiso— (fls. 53-58) y que el sentenciador no concedió crédito a la explicación; es decir, se trata de un aspecto esencial del hecho principal conocido en el debate de las instancias y evaluado por el juez fallador, realidad esta que obliga a colegir la inexistencia de relación causal entre el hecho de que da cuenta la prueba extraproceso y el motivo de revisión aducido, y que por consiguiente, no conduce a demostrar "los hechos básicos de la petición", como lo establece el numeral 4o. del artículo 234 del C. de P. P. que señala los requisitos de forma de la demanda de revisión.

Ahora bien, porque la prueba documental también aportada con la demanda está orientada a reiterar la testimonial extrajuicio de que se viene hablando, resulta cobijada por la misma manifiesta incongruencia, con que en definitiva, su allegamiento resulta francamente inane para la instauración de la acción.

Por lo demás y en relación con la solicitud de práctica de unos testimonios que el señor apoderado incluye en su relación de pruebas, huelga recordar que a la luz del referido numeral 4o. del artículo 234 del C. de P. P., el actor debe allegar, así sea en forma sumaria, todas las pruebas con las que pretende apoyar la instauración de la acción, pues a la Corte no cumple decretar y practicar a tan temprano momento pruebas cuyo objetivo sólo él conoce y que en rigor sólo sirven de guía para la conformación del

tema a comprobar por ella pero en el debate de la acción, en el evento de habérsele dado vía procesal.

Bastando estas consideraciones para declarar la inviabilidad de la acción, se decidirá de conformidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1o. Tiénese al abogado, doctor Jorge Méndez Perilla, portador de la T.P. número 1.300 del C. S. de la J., como apoderado de Francisco Suica Ruiz en los términos del mandato conferido y obrante al folio 161 del cuaderno de la Corte.

2o. Rechazar *in limine* la demanda de revisión presentada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que condenó al mencionado poderdante, Francisco Suica Ruiz, por el delito de homicidio cometido en la persona de Alfonso Parra Galindo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAUCION JURATORIA-Caución Prendaria-Procedencia

Se ha dicho reiteradamente por esta Sala, que la caución juratoria sólo procede, cuando a juicio del funcionario el procesado carezca de recursos económicos, es decir, que se halle acreditada en autos su "absoluta insolvencia". La prendaria, en cambio, debe ser fijada teniendo en cuenta no solamente las condiciones económicas del acusado, sino también la gravedad del hecho imputado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente. Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 10417

Aprobado Acta No. 065

El procesado Guillermo Córdoba Carrillo, quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, solicita que se le sustituya la caución prendaria fijada por la Corte para gozar de su libertad provisional, por juratoria, dado que carece de recursos para satisfacer la mencionada obligación, en atención a su largo período de detención que hace precaria su situación económica.

Por otra parte, el procesado Jorge Armando Torres Velandia, desde la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga y a través del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, solicita se le reconozca la rebaja de pena a que tiene derecho y, por ende, se le otorgue la libertad condicional prevista en el artículo 72 A del Código Penal (Ley 415 de 1997), para lo cual acompaña certificado de estudio por los meses de febrero y marzo del corriente año.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Mediante proveído del 23 de abril último la Sala otorgó la libertad provisional al procesado Guillermo Córdoba Carrillo (fl. 169 y ss.), por reunir a cabalidad los requisitos previstos en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, es decir, el cumplimiento de las tres quintas partes de la pena impuesta en las instancias, haber observado buena con-

ducta durante el tiempo en reclusión y no existir orden de captura vigente en su contra (art. 72 A del Código Penal).

Se le impuso como obligaciones para gozar del aludido beneficio, caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo) y la suscripción de diligencia de buena conducta y compromiso al tenor de lo previsto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

Se ha dicho reiteradamente por esta Sala, que la caución juratoria sólo procede, cuando a juicio del funcionario el procesado carezca de recursos económicos, es decir, que se halle acreditada en autos su "absoluta insolvencia". La prendaria, en cambio, debe ser fijada teniendo en cuenta no solamente las condiciones económicas del acusado, sino también la gravedad del hecho imputado.

En el presente caso, la sola manifestación de Córdoba Carrillo de carecer de medios para prestar la caución prendaria fijada por la Sala, no resulta suficiente para acceder a la sustitución pretendida, ya que el largo tiempo en reclusión, por sí solo no constituye circunstancia que le imposibilite cumplir con la obligación impuesta.

Si bien es cierto que en la diligencia de indagatoria el peticionario manifiesta no tener bienes de fortuna, también lo es que su condición de hombre soltero y sin hijos, ninguna obligación de orden económico le asiste para con sus familiares cercanos, pues ninguno de ellos depende de él (fl. 126 y ss.).

Ninguna constancia o certificación de las Directivas carcelarias donde cumple su condena, acompañó a su petición que ocupa la atención de la Corte, que eventualmente pudiese constituir elemento de juicio que permitiera la viabilidad de su pretensión, así como tampoco que no disponga de recursos provenientes de sus actividades en artesanías que cumplió en los últimos meses, pues al tenor de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 65 de 1993, las labores desarrolladas por los reclusos, debe reportarles una remuneración equitativa, precisamente para que parte de ella constituya un ahorro para atender "además de sus propias necesidades en la prisión, las de su familia y sufragar los gastos de su nueva vida al ser puesto en libertad" (art. 88 *ibidem*).

El monto de la caución fue determinada por la Sala, precisamente teniendo en cuenta la capacidad económica de Córdoba Carrillo, pero en especial por la gravedad del hecho por el cual se le declaró responsable.

Así las cosas se negará la sustitución de la caución prendaria por la juratoria que se demanda.

2° En relación con la solicitud de libertad que eleva el procesado Jorge Armando Torres Velandia, se tiene que el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia de fecha 12 de mayo de 1994, lo condenó a

la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión, como coautor del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo del 24 de junio siguiente.

De la revisión del proceso se tiene que el peticionario fue privado de su libertad el 9 de junio de 1993 (fl. 71), es decir, a la fecha ha descontado en detención efectiva de la pena impuesta en las instancias, cincuenta y ocho (58) meses y veintisiete (27) días.

Por trabajo se le certifican 704 horas en artesanías durante los meses de octubre de 1994 a febrero de 1995, las que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993, le representan una redención de pena equivalente a un (1) mes y catorce (14) días. Por estudio acredita 1.356 horas de febrero a septiembre de 1994, marzo de 1996 y febrero y marzo del corriente año, que le reportan un descuento adicional de tres (3) meses y veintitrés (23) días conforme a lo previsto en el artículo 97 de la citada Ley, para un acumulado de sesenta y cuatro (64) meses y cuatro (4) días, insuficientes para acreditar las tres quintas (3/5) partes de la pena impuesta en las sentencias de instancia que equivalen a setenta y dos (72) meses de prisión.

Por dicha circunstancia objetiva, la petición de libertad provisional que demanda el procesado resulta improcedente.

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

RESUELVE:

1° NEGAR al procesado Guillermo Córdoba Carrillo la sustitución de la caución prendaria fijada en proveído del 23 de abril del corriente año, por juratoria, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

2° NEGAR al procesado Jorge Armando Torres Velandia la libertad provisional demandada.

3° Para la notificación personal de los reclusos, líbrense las comunicaciones pertinentes a la Penitenciaría Nacional de Cúcuta y Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga, respectivamente.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION PREVENTIVA-Sustitución/**DETENCION DOMICILIARIA**/ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**/ **COMPETENCIA**

El artículo 53 de la ley 81 de 1993 establece competencia en el funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del C. de P. P., "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se atribuye bajo el supuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte sólo tiene en los casos de única instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido proceso.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 11193

Aprobado Acta No. 65.

ASUNTO

Nuevamente la procesada Ofelia Hernández de Rueda, reclama de la Corte el otorgamiento de su "LIBERTAD CONDICIONAL", al considerar que ha superado la fase del tratamiento penitenciario que la hace merecedora de tal derecho. Así mismo, pide que se le conceda "Detención Domiciliaria".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° En lo que tiene que ver con la libertad provisional que reclama la señora Hernández de Rueda, pues así ha de entenderse su pedimento en razón a que la sentencia no ha adquirido firmeza por estar recurrida en casación, en providencia de 18 de marzo del año en curso, y luego de

precisar que el estudio no debe hacerse bajo las previsiones del artículo 72 A del Código Penal, por expresa prohibición del artículo 1° de la ley 415 de 1997, precepto que excluye, entre otros, a los sindicados de los delitos dolosos previstos en la ley 30 de 1996 que es el tipo penal imputado a la implicada, la Corte negó la excarcelación solicitada, anotando que si bien la incriminada cumplió con las dos terceras partes de la pena impuesta en los fallos de instancia, no aparece en su situación específica demostrados los requisitos de índole subjetivo previstos por el artículo 72 *ibidem*, dado que:

"En este caso, de acuerdo con los fallos de instancia, se acusa a la señora Ofelia Hernández de Rueda de la venta de sustancia estupefaciente a base de cocaína que recibía de quien no quiso identificar, actividad que cumplía en su casa de habitación en la ciudad de Neiva, utilizando para ello a su hijo menor Carlos Enrique Tovar Hernández.

Comportamientos como los aquí tratados denotan el propósito de obtener fácil incremento patrimonial ilícito, con grave atentado contra pluralidad de bienes jurídicos, de tan alto valor como la salubridad pública, la protección y el afecto de los menores, sin parar mientes frente a las nefastas consecuencias del lesivo tráfico, aspectos que en principio indican a la Corte que, para los fines de readaptación social, la acusada debe cumplir en su integridad con la pena impuesta, por el diagnóstico negativo sobre su personalidad que emerge de la conducta reprochada".

Contra el pronunciamiento anterior, la implicada manifestó inconformidad que se tramitó y resolvió en proveído de 21 de abril siguiente, en el sentido de no reponer el auto impugnado, en razón a que la valoración integral que debe hacerse en orden a establecer fundadamente la readaptación social, no permite en su concreta situación acceder a la liberación provisional reclamada:

"Esto porque sus antecedentes personales y sociales ponen de presente una personalidad requerida de acentuar todavía el tratamiento penitenciario, toda vez que el hecho punible atribuido en las circunstancias ya advertidas, amerita que en este caso Ofelia Hernández de Rueda siga cumpliendo la pena impuesta en los fallos de instancia".

Establecido entonces que la implicada no tiene derecho a la liberación provisional que reclama, improcedente volver sobre lo ya definido, en tanto no se aporta ningún elemento de juicio novedoso que haga variar el criterio de la Corte.

Se negará la excarcelación pedida.

2° En relación con la solicitud de detención domiciliaria, la Corte ha sostenido reiteradamente que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de libertad con fundamento en las prescripciones del numeral 2° del artículo 55 de la ley 81 de 1993,

toda vez que en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", es decir, ante el instructor, juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

En lo concerniente a la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, esta Sala ha dicho que la Constitución y la ley determinan la competencia de cada funcionario judicial y entre las funciones que atribuyen a la Corte, no está la de atender peticiones de la naturaleza indicada en esta sede.

El artículo 53 de la ley 81 de 1993 establece competencia en el funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del C. de P. P., "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se atribuye bajo el supuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte sólo tiene en los casos de única instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido proceso.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de la sustitución de medida de aseguramiento insinuada por la peticionaria.

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

RESUELVE:

1° NEGAR a la procesada Ofelia Hernández de Rueda la libertad provisional reclamada.

2° ABSTENERSE de emitir pronunciamiento sobre la detención domiciliaria pedida por la implicada Hernández de Rueda, por las razones aducidas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO ORDINARIO / PRINCIPIO DE LIMITACION

1. El principio de limitación que rige este recurso ordinario (art. 217 del C. de P. P.), establece que el Juez de segundo grado, en este caso la Corte, sólo adquiere competencia para revisar los aspectos impugnados del fallo, y prohíbe, igualmente, agravar la situación del procesado en cuyo favor se recurre.

2. Que el defensor sea partidario de que su cliente debe ser separado definitivamente del servicio de la judicatura por su desempeño irresponsable en el ejercicio del cargo, es cuestión que escapa a los fines del recurso propuesto, aunque ha de dejar constancia la Sala que en verdad la laxitud con que obró el Tribunal para decretar la suspensión integral de la sentencia, hace manifiesto el desconocimiento del artículo 69 del Código Penal, en cuanto otorga a los juzgadores la facultad de "exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 12596

Aprobado acta No. 65

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado –doctor Diego Arango Medina, ex Fiscal Unico de Ituango (Ant.) , contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia mediante la cual lo condenó a las penas principales de seis meses de arresto y pérdida del empleo, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena principal y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional, al declararlo penalmente responsable del delito de prolongación ilícita de privación de la libertad.

ANTECEDENTES

1. A cargo del doctor Diego Arango Medina., Fiscal Unico de Ituango (Antioquia), estuvo el conocimiento del proceso radicado con el número

818 seguido contra Tobías de Jesús Giraldo Sánchez (ex Alcalde Municipal de San Andrés de Cuerquía) sindicado del concurso de delitos de peculado y violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, quien fue capturado el 4 de octubre de 1993 en el Corregimiento "El Chocó" del Municipio de San Carlos (Ant.) en donde ejercía el cargo de Inspector Departamental de Policía (fl. 21 anexo), con ocasión de haberse proferido en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la libertad provisional (fl. 13 anexo).

La investigación fue clausurada el 14 de enero de 1994 (fl. 82) y las diligencias pasaron al despacho el 7 de febrero siguiente, "PARA CALIFICAR EL MERITO SUMARIAL. TIENE UN DETENIDO", según constancia al respecto dejada por el Secretario de la Unidad de Fiscalía (fl. 87 anexo Vto.).

Sin que con posterioridad al cierre de la investigación se hubiera presentado petición distinta al alegato precalificatorio, a las 9:55 de la mañana del 11 de abril de ese mismo año, el defensor del procesado solicitó "se conceda la libertad a mi defendido con base en lo dispuesto por el art. 415 numeral 4o. del Código de Procedimiento Penal" por llevar privado de la libertad un término superior a 180 días sin haberse calificado el mérito de la investigación, mediante escrito que el Secretario pasó al "Despacho del señor Fiscal para que ordene lo pertinente" (fl. 88 anexo).

A las 2:30 de la tarde de la misma fecha de la referenciada petición de libertad, el Fiscal calificó el mérito de la actuación cumplida durante la etapa instructiva profiriendo resolución de acusación en contra de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, por el concurso de delitos de peculado (por apropiación y por uso) y violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, no concediéndole así mismo el derecho de libertad provisional "de conformidad con la prohibición establecida por el ordinal 4o. del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal" (fls. 89 y ss. anexo).

El día doce siguiente, negó la solicitud de libertad presentada por el defensor, argumentando que si bien es cierto el procesado "realmente lleva más de ciento veinte días de privación efectiva de la libertad, término que establece el ordinal 4o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 que reformó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal como causal de libertad provisional para cuando transcurrido ese tiempo no se haya calificado el mérito de la instrucción", "el inciso segundo de ese ordinal 4o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 establece que esa causal de libertad provisional no se aplicará cuando el mérito de la instrucción no hubiere sido calificado por causas atribuibles al sindicado o a su defensor. En el presente caso el defensor oficioso que antes representaba los intereses del sindicado en forma reiterada ha estado formulando solicitudes de libertad con argu

mentos carentes de lógica jurídica. Además, el mismo procurador judicial del imputado solicitó el avalúo de los presuntos perjuicios ocasionados al Municipio de San Andrés de Cuerquía con el fin de reintegrar el dinero y acogerse a la causal de libertad provisional del ordinal 8o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal vigente para esa época. En vista de que en esta población existen pocas personas con amplios conocimientos en materia de transporte y repuestos para automotores el avalúo sólo pudo hacerse después de más de un mes de la solicitud".

Seguidamente precisó:

"Por otro lado, el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal en su ordinal 2o. establece que procede la detención preventiva cuando el delito que se imputa al sindicado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años. Y sin necesidad de hacer alusión a los demás delitos que se atribuyen al señor Giraldo Sánchez para constituir el concurso de hechos punibles, el peculado por apropiación tipificado en el artículo 133 del estatuto penal tiene señalada una pena de prisión de dos a diez años. Además, este delito de peculado por apropiación está incluido en la lista que establece el ordinal 4o. del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal entre las prohibiciones de libertad provisional, en el caso de fundamentarse en el numeral primero del artículo 415 *ibidem*" (fls. 100 y ss. anexo).

Contra la providencia calificatoria, el defensor de Giraldo Sánchez interpuso en tiempo recurso de apelación, el cual sustentó por escrito presentado el 25 de abril, manifestando igualmente su renuncia "al resto del término que me queda en virtud de este recurso" (fl. 27). No obstante lo anterior, el Fiscal en resolución de esa fecha no accedió a esta solicitud "por cuanto las otras partes procesales no han renunciado" (fl. 27 vto.).

Al conocer en segunda instancia del recurso interpuesto, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, revocó la resolución acusatoria proferida en contra de Giraldo Sánchez "por estar demostrado que no cometió" los delitos de peculado, y por haber prescrito el de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, ordenando, en consecuencia, la libertad inmediata e incondicional del sindicado. Dispuso, igualmente, compulsar copias de lo actuado para la investigación penal y disciplinaria a que hubiere lugar contra el doctor Diego Arango Medina (fls. 29 y ss. cno Corte).

2. El conocimiento del asunto fue asumido por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, y durante la indagación preliminar dispuesta al efecto, se allegaron copias del acto administrativo de nombramiento del doctor Diego Arango Medina como Fiscal Unico de Ituango (fl. 41) y del acta de posesión (fl. 42). Igualmente se recepcionaron los testimonios del doctor Jairo Correa Montoya, Personero

Municipal de Ituango; Marina Aguirre Gil y Germán Uribe Gutiérrez, empleados de la Fiscalía del lugar; se practicó inspección judicial en la sede del Despacho a cargo del procesado a fin de constatar la carga laboral presentada por la época de los hechos y se incorporó al expediente copia de la Resolución 0-182 del 11 de febrero de 1994, mediante la cual el Fiscal General de la Nación lo sancionó disciplinariamente con treinta días de suspensión en ejercicio del cargo sin derecho a remuneración (fl. 65), medida que fue hecha efectiva seis meses después de notificada, según da cuenta de ello el testimonio del Personero Municipal de Ituango (fl. 59) y lo corrobora el hecho que la providencia calificatoria fue proferida por el funcionario acusado el día 11 de abril de 1994, así contradictoriamente se afirme por la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Medellín, que la sanción se cumplió "desde el 14 de marzo hasta el 15 de abril" (fl.137).

3. Abierta la investigación (fl. 70), se vinculó mediante indagatoria al doctor Diego Arango Medina, en la cual refirió que durante el lapso comprendido entre los días 4 y 28 de octubre 1994 fue incapacitado por presentar comportamientos anormales que le producían sensaciones de locura, tales como mostrarse reacio a alimentarse adecuadamente y trastornos en el sueño.

Al ser interrogado en relación con el proceso que su Despacho tramitó contra el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, manifestó recordar haber adelantado una investigación en contra de éste "por unos delitos que cometió en el desempeño como educador"; como el sindicado desapareció del lugar, ello ameritó seguir el proceso con persona ausente hasta el día en que fue capturado en un Corregimiento del Municipio de San Carlos. No obstante afirmar que al momento de disponer la captura no estaba enterado que el requerido se encontrara ocupando un cargo público, dijo haber tenido conocimiento del contenido del oficio suscrito por el Inspector Municipal de Policía de San Andrés de Cuerquía en donde se le informa que el sindicado se desempeñaba como Inspector Departamental de Policía en el Corregimiento "El Chocó" del Municipio de San Carlos, pero sin recordar qué lo llevó a no solicitar previamente la suspensión en el ejercicio del cargo.

Cuando se le interrogó sobre los motivos por los cuales no obstante haber sido privado de la libertad el 4 de octubre de 1993, para el 4 de febrero del siguiente año el señor Giraldo Sánchez aún continuaba detenido con la investigación clausurada y sin que se hubiera calificado el mérito del sumario, dijo no recordar en detalle el trámite que se le dio a dicho proceso.

En respuesta a la pregunta sobre las razones que lo animaron para no conceder la libertad de Giraldo Sánchez, solicitada el 11 de abril de 1994, expuso que "en realidad de verdad, no recuerdo en detalle, pero la razón que se me pregunta está consignada en el auto por medio del cual se resol-

vió esa solicitud", pues posiblemente fueron tenidas en cuenta las prohibiciones establecidas por el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal.

Y, aunque no recuerda los detalles, cree que con posterioridad a haber pasado la Secretaría las diligencias al Despacho, en ese proceso fueron presentadas varias peticiones de libertad, las cuales retardaron la calificación del sumario.

En el mismo sentido, adujo que posiblemente durante el período comprendido entre el 4 de febrero y el 11 de abril de 1994 le fue concedida una licencia por enfermedad, y cuando se le preguntó sobre la razón por la cual no resolvió de inmediato la solicitud de libertad presentada a las 9:55 de la mañana del 11 de abril, y, sin embargo, a las 2:30 de la tarde de esa fecha profirió resolución acusatoria, para solamente pronunciarse sobre la pretensión liberatoria el día doce en horas de la tarde, respondió "no recuerdo esos aspectos", pese a tener conocimiento del factor temporal de que habla la ley para resolver peticiones de esta índole (fls. 74 y ss.).

4. Al expediente se incorporó copia de la estadística mensual del trámite de los procesos a cargo del doctor Arango Medina (fls. 95 y ss.), y de la historia clínica que a su nombre reposa en Confenalco de la ciudad de Medellín (fls. 111 y ss.).

5. La Jefe de Recursos Humanos de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera con sede en Medellín de la Fiscalía General de la Nación, certificó que durante los meses de febrero y marzo de 1994, al doctor DIEGO ARANGO MEDINA "no le fueron concedidas vacaciones, licencias u otros permisos que le permitieran separarse del cargo temporalmente" (fl. 137).

6. Con estos presupuestos, la Fiscalía definió la situación jurídica del doctor ARANGO MEDINA, imponiéndole medida de aseguramiento de conminación por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad (fls. 138 y ss.).

7. Dispuesta la ampliación de indagatoria, en esta oportunidad el doctor Diego Arango Medina, expuso que "las razones de la aparente o real demora en la resolución de la situación jurídica del señor TORÍAS DE JESUS GIRALDO, fueron explicadas por mí en la indagatoria y resumiendo se puede decir que, influyó el hecho de que él haya sido capturado en el Municipio de San Carlos y no se haya remitido a Luango oportunamente".

Al pedírsele que precisara por qué dijo en la primera diligencia que la causa de la demora en calificar el sumario obedeció al hecho de haberse presentado solicitudes de libertad, y, sin embargo, el expediente refleja lo contrario, respondió que "en la misma indagatoria original, a varias preguntas que se me hicieron acá, yo respondí que no recordaba precisamente detalles de lo que se me preguntaba".

Adujo, igualmente, ser costumbre del Secretario de la Fiscalía de Ituango, señor Germán Uribe, hacer constar que un expediente pasa al Despacho en una fecha determinada, pero al darse cuenta que el Fiscal se encuentra laborando en la redacción de una providencia, realmente la entrega del proceso sólo viene a darse con posterioridad al día anotado; en el caso concreto no recuerda la fecha exacta en que le fue entregado el expediente seguido contra Tobías Giraldo, y aunque sabía que esta persona se encontraba privada de la libertad, no estuvo enterado que llevara un término superior a ciento veinte días en esa situación.

Si bien advierte que cuando se desempeñó como Fiscal en Ituango daba prelación a los procesos con detenido, cuando había recargo de trabajo, trataba de actuar de manera coordinada con el Secretario quien a veces no respondía dada su costumbre de pedir permisos para ausentarse de la oficina.

Precisa que cuando culminaban sus labores, en horas de la noche era su costumbre ingerir de tres a cuatro cervezas, cantidad que podría verse aumentada durante los fines de semana. Solamente en una o dos oportunidades, consumió una o dos cervezas en horas de trabajo.

Frente al testimonio del Personero Municipal quien sostuvo haber tenido que presentar varias quejas ante la Dirección de Fiscalías acusándolo de faltar a su Despacho por quedarse ingiriendo licor y leyendo la prensa en los bares del lugar y que por ese motivo el Secretario debía salir a buscarlo para que firmara las providencias, expuso que esa afirmación la hace como retaliación por no haber accedido a las propuestas homosexuales que aquél le formuló.

Y si bien anuncia padecer epilepsia, enfermedad que le diagnosticaron desde la edad de diez años, dijo que ello no afecta sus facultades mentales las cuales son absolutamente normales siempre y cuando tome el medicamento recetado a esos propósitos.

8. El doctor Iconel Urrego Murillo, quien fungió como defensor de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, refirió que luego de haber presentado el correspondiente poder y haber sido reconocida su personería para actuar en el proceso, inmediatamente elevó personalmente ante el Fiscal una solicitud de libertad en favor de su cliente por encontrar que habían sido superados los términos sin que se hubiera calificado el mérito del sumario, obteniendo como respuesta que la misma sería resuelta en horas de la tarde. No obstante, su sorpresa fue mayúscula cuando al regresar encontró que el sumario había sido calificado sin que se le diera respuesta a su petición, lo cual puso de presente al funcionario quien adujo que esa providencia venía siendo elaborada días atrás, pero que al día siguiente se pronunciaría sobre la libertad impetrada.

Como consideró que el trámite no se ajustaba al procedimiento legalmente establecido, recurrió la providencia calificatoria obteniendo su

revocatoria por el superior quien dispuso la libertad del sindicado, quedando a disposición del mismo funcionario, pero esta vez por motivo de otro proceso que se seguía en su contra (fls. 171 y ss.).

9. Mediante Certificación Jurada, fueron recibidos los testimonios de los doctores Jose Tiberio Giraldo, Juez Promiscuo del Circuito de Ituango; Blasina Omaira Palacio Botero, Juez Promiscuo Municipal del mismo lugar y Augusto Alvarez Vanegas, Juez Promiscuo de Familia.

El primero de los mencionados, refirió que el doctor Diego Arango Medina demostraba su total desinterés por los asuntos a él encomendados, al punto de dejar vencer los términos, y, en horas de trabajo permanecía en las cantinas del municipio ingiriendo bebidas alcohólicas.

La segunda dijo no haber tenido conocimiento que en horas laborables el doctor Arango consumiera licor, aunque aclara que algunas veces coincidían en alguna cafetería en la cual pudo apreciar que se tomaba una cerveza al tiempo que leía.

Y, el tercero de los citados, por su parte, dijo no tener conocimiento directo del comportamiento del procesado, sin embargo, tanto el Juez Promiscuo del Circuito, como el Personero Municipal, se quejaban de que no cumplía satisfactoriamente con sus funciones y que era consumidor habitual de bebidas alcohólicas.

10. Previo el cierre de la investigación (fl. 193), se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra el doctor Arango Medina, imputándole el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad.

En la etapa del juicio, rituada ante el Tribunal Superior, se recaudaron los siguientes medios de convicción:

10.1. Copia autenticada de las resoluciones expedidas el 12 de julio de 1994 y 18 de abril de 1995, mediante las cuales la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia sancionó disciplinariamente al doctor Diego Arango Medina, suspendiéndolo en el ejercicio del cargo con 60 y 90 días, respectivamente (fls. 308 y ss.).

10.2. Testimonio por certificación jurada rendido por el doctor Ruben De J. Castrillon, Fiscal Seccional de Amalfi, en la cual califica de intachable el comportamiento laboral de Germán Uribe Gutiérrez, Secretario de la Fiscalía Unica de Ituango (fl. 327).

10.3. Declaración del señor Germán Uribe Gutiérrez quien manifestó que nunca salió de la oficina con el propósito de buscar al doctor Diego Arango Medina para que firmara alguna providencia, como se ha afirmado; solamente cuando alguna persona lo requería, iba a localizarlo en las heladerías del lugar donde sabía que acostumbraba a ir, y aunque le cons-

ta que en horas laborables tomaba una que otra cerveza, nunca llegó embriagado al Despacho (fls. 352).

10.4. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dictaminó que el Doctor Diego Arango Medina, a quien califica de consumidor habitual de bebidas alcohólicas, durante el período comprendido entre el tres de febrero de 1994 y 12 de abril del mismo año "reunía las facultades psicológicas necesarias para valorar, dirigir y comprender la trascendencia de sus actos" (fls. 336).

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia pública, el Tribunal profirió la sentencia de primera instancia que es motivo de impugnación.

Fundamentos de la Sentencia recurrida

1. Es hecho cierto la captura de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, así como la negativa del doctor Diego Arango Medina de otorgarle la libertad, pese a haberse presentado sendas solicitudes en ese sentido y dos motivos para ello: el pago de los perjuicios presuntamente ocasionados con el delito imputado y haber transcurrido más de 120 días de privación efectiva de la libertad sin haberse calificado el mérito del sumario, pues, dadas estas circunstancias, aún de oficio debió proceder el funcionario a la liberación del detenido.

2. El doctor Arango Medina tenía pleno conocimiento que el señor Tobías de Jesús Giraldo Sánchez se encontraba privado de la libertad desde el 4 de octubre de 1993, pues fue el citado Fiscal quien resolvió la situación jurídica, dispuso la captura y, habiendo sido informado que ésta se había producido, libró los oficios correspondientes en orden a legalizarla.

3. En el proceso obran las peticiones de libertad presentadas en favor del detenido, las que fueron pasadas oportunamente al Despacho del enjuiciado para su resolución.

4. Si bien, tanto el doctor Arango, como el personal de su oficina, ponen de presente la excesiva carga laboral, las estadísticas muestran que el volumen de trabajo evacuado no obstaculizaba el proferimiento del proveído concediendo el derecho a la libertad impetrado por la defensa.

5. El testimonio del Personero y algunos Jueces de Ituango, ponen en evidencia la irresponsabilidad del procesado en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

6. El doctor Arango lesionó, sin causa legalmente atendible, el bien jurídico que tutela la descripción típica del artículo 273 del Código Penal, pues no obstante conocer la calidad de detenido del señor Giraldo Sánchez, y la disposición procesal que le obligaba a liberarlo transcurridos cierto veinte días de detención física sin calificar el sumario, dolosamente y de manera indebida prolongó la privación de la libertad del afectado.

7. Fueron desvirtuadas las explicaciones que el procesado suministró, relacionadas con el incumplimiento de los deberes de su Secretario y que en el trámite hubo maniobras dilatorias que impidieron calificar oportunamente el sumario, pues el testimonio del doctor Rubén De J. Castrillón A. califica a Germán Uribe Gutiérrez, como de conducta laboral intachable y, de otro lado, el último pedimento de libertad fue presentado cuando ya había sido decretado el cierre de la investigación y superados los seis meses de detención física del afectado.

8. En relación con los planteamientos del defensor, hechos en la audiencia pública y relacionados con que la enfermedad que padece su cliente amerita que solamente se le imponga sanción disciplinaria, el Tribunal consideró que no es lo mismo que una persona se halle enferma a que sea irresponsable, pues si bien es cierto la habitualidad a los etílicos impide cumplir a cabalidad con la misión encomendada, para la época de los hechos el doctor Arango gozaba de la plenitud de sus facultades mentales, como se comprueba con el hecho de que las providencias por él emitidas los días 11 y 12 de abril de 1994 hubieran sido redactadas en forma lógica y coherente, según se destaca en el examen psiquiátrico practicado al acusado.

9. Se reúnen, en consecuencia, los requisitos establecidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, para proferir fallo de condena.

La Impugnación

Contra el fallo del Tribunal, el defensor oportunamente interpuso recurso de apelación que fue concedido por el *a quo* y sustentado por escrito. Los fundamentos de la impugnación, son, en síntesis, los siguientes:

1. Partiendo de admitir que si bien en el presente caso se estructuran los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad de la conducta imputada a su cliente, no sucede lo mismo con la categoría de la culpabilidad.

2. La epilepsia diagnosticada al doctor Arango Medina, el consumo de fármacos para controlarla, y el exceso de carga laboral en los municipios donde ha trabajado, han ido minando su salud al punto de haber llegado a una situación de indiferencia frente a sus obligaciones. Ello ameritó la imposición de varias sanciones disciplinarias, sin embargo, durante su trámite no fue estudiada a fondo la condición particular que su asistido presenta.

3. Las distintas quejas elevadas contra el doctor Arango exigían que el nominador investigara a profundidad su condición de salud y adoptara las medidas correctivas adecuadas, debiendo incluso prescindir de sus servicios.

4. La enfermedad que padece el doctor Arango lo inhabilita para formar parte de la judicatura, debiendo ser desvinculado del cargo sin esperar a que en su contra se profiera sentencia condenatoria con ocasión de un proceso penal, pues si el nominador simplemente constata la deficien-

cio del funcionario sin indagar sus causas, la responsabilidad es de aquél no de éste.

5. Aclara, no obstante, que cuando menciona que el doctor Arango padece una enfermedad, no se refiere a ningún fenómeno que determine su inimputabilidad, sino a una "enfermedad total, acentuada por el ejercicio del cargo, agravada por el consumo de droga farmacológica, enfermedad total que describe la historia clínica y la prueba testimonial".

La epilepsia diagnosticada a su cliente, fue agravada por el consumo de medicamentos y por haber sido designado funcionario en los municipios más alejados, hasta convertirse en un personaje silencioso y solitario con cansancio de todo, incluso de su existencia, con absoluto desprecio por todo lo humano, lo cual no es reconocido por la psiquiatría, ni curado con la intervención médica, menos es alcanzado a percibir por los jueces.

6. Por lo anterior estima que su patrocinado no obró con dolo, siendo, en consecuencia, desvirtuada la culpabilidad en la conducta imputada (fls. 450 y ss.).

SE CONSIDERA

El principio de limitación que rige este recurso ordinario (art. 217 del C. de P. P.), establece que el Juez de segundo grado, en este caso la Corte, sólo adquiere competencia para revisar los aspectos impugnados del fallo, y prohibe, igualmente, agravar la situación del procesado en cuyo favor se recurre.

Acorde con esta preceptiva, se ocupará la Sala de analizar si la conducta imputada al doctor Arango Medina cumple los presupuestos legales para ser considerada delictiva o si, por el contrario, la ausencia de culpabilidad en la realización del hecho, como lo pregona el defensor, conduce a su absolución.

En el proceso se halla acreditada la calidad del doctor Diego Arango Medina como Fiscal Seccional de Ituango, y que a su cargo estuvo tramitar el proceso penal iniciado contra Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, sindicado del concurso de delitos de peculado y violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Igualmente, la actuación pone en evidencia que el señor Giraldo Sánchez fue privado de su libertad el 4 de octubre de 1993 en el Corregimiento "El Chocó" del Municipio de San Carlos (Antioquia), con motivo de habérsele resuelto por el doctor Diego Arango Medina la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva disponiendo la captura, de cuya materialización fue enterado por el Secretario de la Fiscalía, como lo comprueba el hecho de que el propio funcionario suscribió los oficios números 780 y 781 dirigidos al Director de la Cárcel de Itagüí y Jefe de la Unidad del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, legalizando la medida.

Adicionalmente, el conocimiento del fiscal acusado sobre la situación de detención física de Giraldo Sánchez es acreditado por las dos peticiones de libertad presentadas por el defensor, una de las cuales fue negada por el doctor Arango mediante proveído de veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y tres, pues la otra se resolvió negativamente por funcionario distinto, encargado por entonces.

Como si lo anterior no fuera suficiente, el proceso ilustra que la circunstancia de haber transcurrido un término superior a ciento ochenta días de privación efectiva de la libertad de Giraldo Sánchez, sin haberse calificado el mérito sumarial, fue puesta de presente, verbalmente y por escrito, al doctor Arango Medina por el defensor de aquél, y no obstante dicha precisión, el Fiscal acusado no vio inconveniente en dilatar la resolución demandada para, en lugar de ella, proceder a calificar el mérito sumarial negando la libertad del procesado por motivo diverso del impetrado.

Pero hay más. Para negar la petición de libertad presentada por el defensor con fundamento en haberse rebasado el término para calificar el sumario, el doctor Arango pese a reconocer que se satisfacía dicho elemento objetivo de procedibilidad, en su particular concepción normativa y con evidente malabarismo jurídico, para mantener ilícitamente detenido a Tobías de Jesús Giraldo Sánchez acudió al expediente de tergiversar lo acontecido durante el proceso haciendo aparecer falsamente como si la calificación no hubiera podido producirse a consecuencia de maniobras dilatorias del defensor.

Tómese en cuenta, al respecto, que con posterioridad a haberse decretado el cierre de la investigación el 14 de enero de 1994, y presentado el memorial de alegatos precalificatorios, el expediente permaneció al Despacho del funcionario sin actuación alguna hasta el 11 de abril cuando la defensa solicitó la libertad por el motivo ampliamente reseñado.

Estos hechos, debidamente comprobados, revelan la objetiva transgresión del artículo 273 del Código Penal que define y sanciona la prolongación ilícita de privación de la libertad, por parte del entonces Fiscal Único de Ituango, de ahí que, como lo conviene el defensor, el juicio de tipicidad efectuado no merezca reparo alguno.

No existiendo, tampoco, prueba que acredite que la conducta realizada por el doctor Arango Medina se halla cobijada por algún motivo legal que la justifique, y habiendo quedado establecido que con su comportamiento lesionó el bien jurídico de la libertad individual que protege la norma penal transgredida, ha de concluirse acreditado el carácter desvalorativo del resultado llevado a cabo.

Si bien el procesado pretendió aducir en su favor la excesiva carga laboral y trató de imputar la responsabilidad por el hecho al Secretario de entonces señor Germánd Uribe Gutiérrez, ello fue desvirtuado probatoriamente ante

la circunstancia de contar el proceso con las estadísticas de rendimiento del Despacho por la época de los acontecimientos y la declaración que sobre la excelencia en el trabajo de éste rindiera el doctor Rubén de J. Castrillón A., quien había sido su jefe inmediato.

Pero adicionalmente, refuerza el anterior planteamiento el hecho cierto de que hubiera sido el mismo funcionario ahora acusado quien dispusiera la captura de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez, de cuya materialización había sido informado oportunamente y quien, previamente a los hechos que ocupan este proceso, se hubiera pronunciado, para negarla, sobre la solicitud de libertad impetrada por el defensor, como se dejó expuesto.

También demuestra el conocimiento y voluntad del doctor Arango Medina de transgredir la norma que tutela el bien jurídico de la libertad individual, el hecho de que a pesar de haber sido enterado personalmente por el defensor del acaecimiento de la causal liberatoria prevista en el artículo 415-4 del Código de Procedimiento Penal, decidió calificar el sumario sin pronunciarse sobre ella y al día siguiente negarse a otorgar el reconocimiento del derecho invocado.

De ahí que no tengan ninguna cabida las excusas propuestas por el procesado, quien además, escudado en el tiempo transcurrido entre la fecha de la comisión del reato y aquélla en que fue indagado, trató, aunque infructuosamente, de desviar la atención del funcionario instructor hacia la epilepsia que le había sido diagnosticada, aduciendo además no recordar en detalle lo realmente ocurrido.

Para dar respuesta al planteamiento del defensor relativo a la pregonada "enfermedad" que el doctor Arango Medina padece, con el cual pretende deducir, a partir de allí, que no obró dolosamente en la realización del hecho imputado, cualquiera sea la tesis doctrinaria que se asuma en relación con la ubicación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, o como elemento de ésta, o si es posible dada la composición del dolo, proponer su ausencia por presentar el sujeto activo de la conducta algún trastorno o deficiencia que lo haga inimputable, debe decir la Sala que la posición expuesta viene en contravía con lo acreditado probatoriamente durante el proceso, en el sentido de haber estado rodeado el funcionario acusado de condiciones concretas suficientes que le permitían comprender la naturaleza ilícita de su conducta y comportarse de acuerdo con esa comprensión, sin haberse siquiera reducido su campo de autodeterminación acorde con la ley, por inmadurez sicológica, trastorno mental o fenómenos socioculturales.

Recuérdese que fue el mismo procesado quien sostuvo en la ampliación de indagatoria dispuesta a efectos de clarificar la incidencia en su trabajo de la epilepsia a él diagnosticada, que "desde que yo tome medica-

menio mi actuar y mis reacciones mentales son absolutamente normales" (fl. 169). En el mismo sentido, el dictamen sobre el estado de salud mental del acusado, realizado por profesionales especializados del Instituto Nacional de Medicina Legal, establece que "ninguna de las declaraciones contenidas en el expediente afirman o hacen sospechar que el examinado padezca un trastorno mental, simplemente se limitan a referir la ingesta de alcohol y la actitud frente al trabajo", para concluir que "el doctor Diego Arango Medina, consumidor habitual de bebidas alcohólicas, entre el tres de febrero de 1994 y el doce de abril del mismo año, reunía las facultades psicológicas necesarias para valorar, dirigir y comprender la trascendencia de sus actos".

Si a ello se agrega, que las providencias emitidas por el acusado los días 11 y 12 de abril de 1994, fueron elaboradas en forma "lógica", "coherente" y "adecuada" según lo dictaminado por el Instituto de Medicina Legal, y su sola lectura hace evidente que para esas fechas "el sindicado disfrutaba de sus facultades mentales" conforme lo establece la misma experticia, no queda duda que el motivo de impugnación propuesto es infundado.

Cosa distinta, es que se persiga hacerle producir efectos jurídicos en este proceso a la demostrada habitualidad del enjuiciado a ingerir, incluso en horas laborables, bebidas embriagantes, pero ni aún bajo ese supuesto, esta sola circunstancia podría ser considerada en los términos en que el defensor propone la censura, pues en la misma providencia que resolvió negativamente la libertad impetrada por el defensor de Giraldo Sánchez, el doctor Arango en términos que demostraban su lucidez y conocimiento del tema jurídico en debate, dejó en claro tener conocimiento de haber transcurrido un término superior a ciento veinte días de detención física sin haberse calificado el mérito del sumario.

Si el proceso acredita que el doctor Arango Medina, consciente y voluntariamente se apartó de la pauta de comportamiento establecida en la ley procesal para transgredir el mandato normativo y vulnerar injustamente el derecho a la libertad de un detenido, ¿cómo entonces sostener que su conducta estuvo ausente de dolo?

Ahora, que el defensor sea partidario de que su cliente deba ser separado definitivamente del servicio de la judicatura por su desempeño irresponsable en el ejercicio del cargo, es cuestión que escapa a los fines del recurso propuesto, aunque ha de dejar constancia la Sala que en verdad la laxitud con que obró el Tribunal para decretar la suspensión integral de la sentencia, hace manifiesto el desconocimiento del artículo 69 del Código Penal, en cuanto otorga a los juzgadores la facultad de "exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes", siendo evidente, en este caso, que la gravedad del hecho, las circunstancias que ro-

dearon su ejecución y la personalidad del acusado –sancionado disciplinariamente de modo reiterado por el abandono de las obligaciones inherentes al cargo , hacían aconsejable ejecutar al menos. la pena impuesta relacionada con la pérdida del empleo.

Pero, se repite, la limitación establecida por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, impide considerar dicha posibilidad en esta instancia.

Habiendo sido satisfechos, entonces, en grado de certeza, los presupuestos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, la Sala le impartirá confirmación a la sentencia recurrida, pues, además, el proceso de individualización judicial de la pena respetó los límites establecidos en la norma penal transgredida.

Finalmente, aun cuando no corresponde cuestionar ahora a la Corte la legalidad de la captura de Tobías de Jesús Giraldo Sánchez en momentos en que se desempeñaba como Inspector Departamental de Policía en el Corregimiento "El Chocó" del Municipio de San Carlos, de la providencia que le definió la situación jurídica, ni de las que resolvieron negativamente las peticiones de libertad que hizo su defensor, proferidas el 25 de octubre y el veintitrés de diciembre de 1993, debe dejarse en claro que la captura inmediata del funcionario de policía era facultativa del Fiscal Instructor, por entonces el procesado se encontraba privado de su libertad por orden de autoridad competente, por motivos definidos en la ley como delito, y las causales aducidas para su excarcelación requerían valoración jurídica de acuerdo con los hechos imputados, siendo por ende, susceptibles de controversia al interior del proceso, como lo precisó la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Medellín y Antioquia en la resolución de la situación jurídica del aquí procesado.

No obstante, no sucede lo mismo en lo correspondiente al juicio de legalidad que debe hacerse en relación con las providencias emitidas por el acusado los días 11 y 12 de abril de 1994, mediante las cuales calificó el mérito del sumario y negó la libertad impetrada, respectivamente, pues en criterio de la Corte, en su expedición el doctor Arango Medina pudo haber infringido la normatividad que define y sanciona las conductas lesivas de la administración pública, razón por la cual se ordenará la expedición de copias para ante la Fiscalía correspondiente a fin de que se adelante la averiguación penal a que haya lugar.

Lo anterior por cuanto el delito por el cual se condena al doctor Arango es autónomo, y se configuró a partir del momento en que feneció el término legalmente establecido para que Tobías de Jesús Giraldo Sánchez lograra la libertad a que tenía derecho, en transgresión que fue mantenida hasta el momento en que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal dispuso su libertad inmediata, siendo entonces nítidas la separabilidad típica y temporal de las conductas que lesionan bienes jurídicos de distinta naturaleza (la

libertad individual y la administración pública) al punto de hallarse en títulos diferentes dentro del Código Penal las disposiciones que los tutelan.

Tómese en cuenta, además, que así el Fiscal de Ituango hubiera resuelto favorablemente la petición liberatoria presentada el 11 de abril de 1994 por el defensor, la lesión al bien jurídico de la libertad individual ya había sido producida por haberse consolidado con suficiente antelación el término legalmente establecido para lograr el derecho a la libertad.

Con la aclaración y la adición expuesta, se confirmará, en consecuencia, la sentencia objeto de impugnación.

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:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida en contra del doctor Diego Arango Medina por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Por el Tribunal de Instancia, compúlsense las copias a que hace referencia la parte motiva de esta sentencia, con destino a la Unidad de Fiscalía correspondiente, para los fines allí indicados.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUBROGADO PENAL/ CASACION DISCRECIONAL

En el caso presente es ostensible que el censor no aduce exactamente la transgresión de un derecho fundamental, pues para hacerlo no basta con mencionar tan sólo una garantía superior, como en este caso se hace respecto del derecho de igualdad, sino que se precisa de dicha invocación que guarde relación con la materia que se examina, lo que dista de obedecer la necesidad de dar una sustentación clara y precisa, porque tratándose de la viabilidad de un subrogado en el que median consideraciones tan particulares como la personalidad del procesado, la naturaleza del hecho y sus modalidades, en punto de saber si el acusado requiere o no de tratamiento penitenciario, resulta imposible sentar por vía de doctrina unos factores rígidos y de aplicación universal, que ni siquiera obligarían al juez, regido como está por los solos límites de la ley.

Añádese a lo anterior que es el propio censor quien pone de manifiesto con los ejemplos que consigna en cita, cómo unos casos difieren de otros, lo que hace impropia su pretensión de que se fijen reglas judiciales que en alguna medida vendrían a chocar con la norma base, que es, precisamente, la que impide, por atender a factores variantes, el señalamiento de reglas invariables.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Proceso No. 14274

Aprobado Acta No. 65

Se pronuncia la sala sobre la procedencia del recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado Gerardo Alfonso Rendón Rendón contra la sentencia anticipada de enero 28 último, mediante la cual el tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga lo condenó a 8 meses de prisión por la infracción prevista en el inciso 2° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997.

CONSIDERACIONES

1. Al impugnar la sentencia que confirmó la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito, dijo el defensor que su inconformidad tenía fundamento en el art. 218, inciso 3°., del Código de Procedimiento Penal (fl. 136 cdno. Tribunal), explicando oportunamente que el reparo se centraba en la no concesión de la condena de ejecución condicional con el argumento de que tal subrogado no opera frente a los expendedores de estupefacientes, cuando para los otros dos juzgados es indiferente dicha circunstancia (fl. 142), lo cual ataca el principio constitucional de igualdad, por cuanto se está dando una forma de discriminación jurídica en las sentencias, lo cual exige que se siente un criterio único.

2. Como el delito objeto del fallo impugnado tiene prevista pena de prisión máxima de 3 años, sólo es pasible del recurso extraordinario de casación cuando la Corte lo estime necesario "para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" (art. 218, inc. 3°., C.P.P.), necesidad que, como lo ha sostenido esta Sala (auto octubre 28 de 1992, entre otros), debe ser fundamentada por el impugnante, a fin de que la viabilidad de su pedido pueda ser examinada.

3. En el caso presente es ostensible que el censor no aduce exactamente la transgresión de un derecho fundamental, pues para hacerlo no basta con mencionar tan sólo una garantía superior, como en este caso se hace respecto del derecho de igualdad, sino que se precisa de dicha invocación que guarde relación con la materia que se examina, lo que dista de obedecer la necesidad de dar una sustentación clara y precisa, porque tratándose de la viabilidad de un subrogado en el que median consideraciones tan particulares como la personalidad del procesado, la naturaleza del hecho y sus modalidades, en punto de saber si el acusado requiere o no de tratamiento penitenciario, resulta imposible sentar por vía de doctrina unos factores rígidos y de aplicación universal, que ni siquiera obligarían al juez, regido como está por los solos límites de la ley.

Añádese a lo anterior que es el propio censor quien pone de manifiesto con los ejemplos que consigna en cita, cómo unos casos difieren de otros, lo que hace impropia su pretensión de que se fijen reglas judiciales que en alguna medida vendrían a chocar con la norma base, que es, precisamente, la que impide, por atender a factores variantes, el señalamiento de reglas invariables.

4. Otro tanto sucedería con el desarrollo de la jurisprudencia. Para el caso propuesto está visto que el impugnante no acredita que se haga necesario un pronunciamiento relacionado con la interpretación del subrogado de la condena de ejecución condicional, que, por lo demás, ha sido de frecuente análisis por parte de la Corte.

Su interés confeso está en que la Sala defina si en el caso concreto las transgresiones al Estatuto Nacional de Estupefacientes dan o no margen a los subrogados penales, pero además de que han sido múltiples las oportunidades en que la Corte se ha referido a ese tema, es ante todo claro que so pretexto de un pronunciamiento en sede de casación no puede pretenderse que la corte entre a definir si la razón le asiste a un juzgado o a otro, y mucho menos a que transforme su competencia en la de funcionario de tercera instancia, aspectos ajenos a la excepcionalidad que autoriza la norma de procedimiento para este caso invocada.

Al no acreditar, entonces, el recurrente, la viabilidad de la impugnación extraordinaria, denegará la Sala la petición propuesta, lo que implica el regreso del expediente al Despacho de origen, a fin de que se ejecute el fallo proferido, pues frente a una motivación de índole tan subjetiva como la que demanda el precepto invocado, le resulta imposible a la Corte generalizar la procedencia o no de la condena de ejecución condicional frente al caso de los expendedores de estupefacientes, lo que estaría de espaldas, precisamente, al deber judicial de examinar en cada caso la viabilidad o no de dicho otorgamiento.

Obrar de otro modo invadiría la autonomía e independencia de los juzgadores (arts. 228, 230 C.N. y 5° Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia), e ingenuamente ignoraría que la diversidad de situaciones fácticas, como de las personas procesadas, torna impertinente la aplicación de la igualdad en su tratamiento punitivo.

La impugnación, pues, no se acredita procedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

INADMITIR el recurso de casación discrecional interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados. Devuélvase el proceso.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ HOMICIDIO-Ley 40 de 1993

1. El 19 de noviembre de 1993, cuando el anterior defensor hizo la referida petición de terminación anticipada del proceso, ya se encontraba en vigencia la Ley 81 del mismo año, modificatoria en sus artículos 3o y 4o. del 37 del Decreto 2700 de 1991 en cuanto a la oportunidad procesal para su solicitud, pues mientras que con éste podía presentarse desde que se profiriera la resolución de apertura de la investigación hasta antes de fijarse fecha para la celebración de la audiencia pública, en la Ley 81 no sólo se crearon dos figuras al respecto, esto es, la sentencia anticipada y la audiencia especial, sino que para la primera de ellas, se limitó su oportunidad a la etapa instructiva, entre la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica y el cierre de la investigación y en el juzgamiento, desde la ejecutoria de la acusación hasta antes de fijarse fecha para el debate público, caso en el cual la diligencia versaría sobre los cargos formulados en el pliego acusatorio.

2. Lo relacionado con la tesis del casacionista en el sentido de que la aplicación de la ley 40 de 1993 sólo procede para los delitos de homicidio conexos con el de secuestro, es tema que ha debido plantear al amparo de la causal primera de casación, por motivo de violación directa de la ley en cuanto indebida aplicación de las normas pertinentes del estatuto antisecuestro y falta de aplicación de las disposiciones originales del Decreto 100 de 1980, dicha discusión ya ha sido ampliamente superada por la jurisprudencia de la Sala, en tanto que es claro que el mencionado estatuto no generó un paralelismo normativo por cuanto fue expreso el legislador en introducir modificaciones punitivas a los artículos 323 y 324 del C.P., cuya tipicidad continúa siendo autónoma, como se ha expuesto, entre otros, en los fallos de noviembre 21 de 1995, julio 25 y noviembre 5 de 1996, junio 17, julio 13, septiembre 25, octubre 22, noviembre 5 y diciembre 9 de 1997 y últimamente en los de enero 21 y febrero 4 del presente año.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 10338

Aprobado Acta No. 65

VISTOS

El 22 de julio de 1994, el Juzgado Penal del Circuito de la Mesa (Cundinamarca) profirió sentencia anticipada en contra de JOSE Esteban Celis Moreno, imponiéndole la pena principal de 252 meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y al pago de los perjuicios, como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas para la defensa personal.

Apelada la anterior decisión por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Cundinamarca, en el mismo fallo del 6 de octubre de 1994, inadmitió el recurso respecto del delito de porte ilegal de armas por falta de interés al reclamar la atipicidad de la conducta, no obstante tratarse de una sentencia anticipada, procediendo, a su vez, a modificar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en el sentido de ajustarla al máximo legal de 10 años, confirmándola en lo demás.

HECHOS

El 9 de junio de 1993, a las 9:30 de la noche, en el predio denominado el Jardín, vereda Guasimal del municipio de Tena (Cund.), cuando José Esteban Celis Moreno sostenía una discusión con su esposa María Elisa Tolosa Garzón, a quien también estaba golpeando, llegó Evaristo Garzón Moya quien le sugirió al procesado que cesara en su agresión, ante lo cual éste reaccionó haciéndole un disparo con una escopeta calibre 16, ocasionándole la muerte.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el levantamiento del cadáver de Evaristo Garzón Moya y otras diligencias practicadas por Inspección de Policía de Tena (Cund.), la Unidad de Fiscalía de la Mesa abrió la investigación el 13 de julio de 1993 disponiendo la captura de José Esteban Celis Moreno, quien posteriormente mediante memorial solicitó ser escuchado en indagatoria, diligencia que efectivamente se llevó a cabo el 27 de julio del mismo año, materializándose en la misma fecha su captura.

La situación jurídica del vinculado fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de arma para la defensa personal.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el 23 de octubre de 1993 se declaró cerrada, habiéndose resuelto negativamente el recurso de repo-

sición y declarado "desierto" el de apelación interpuestos contra dicha decisión por el defensor del procesado, quien durante el traslado precalificatorio corrido para que los sujetos procesales presentaran sus respectivas alegaciones, solicitó como "petición especial", la aplicación del artículo 37 del C.de P. P., "pero el establecido en el Decreto 2700 de 1992 (sic), aclaro que es Decreto Ley, lo anterior basado en el principio de favorabilidad establecido en el art. 10 del C.P.P.", no obstante que posteriormente en memorial firmado también por Celis Moreno desistió de dicha petición, al tiempo que solicitó la libertad provisional con fundamento en el numeral 4o. del artículo 415 del C. de P. P.

El 1o. de diciembre del mismo año, se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado por los mismos delitos imputados en la resolución que le definió la situación jurídica y por separado, en auto de la misma fecha se le negó la libertad impetrada.

Contra las anteriores decisiones, el defensor del procesado interpuso recursos de reposición que le fueron resueltos desfavorablemente y al desatarse el subsidiario de apelación, la Fiscalía de segunda instancia declaró desierto el interpuesto en contra de la resolución calificatoria y confirmó el correspondiente a la negativa de la libertad provisional.

En la etapa del juicio, mientras se cumplía la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y otras ordenadas de oficio, CELIS MORENO coadyuvado por su nuevo defensor pidió la aplicación del artículo 37 "en concordancia con el artículo 37A de la Ley 81 y para tal efecto solicitó se fije día y hora para la celebración de una AUDIENCIA ESPECIAL en busca de la terminación anticipada del proceso", diligencia que se llevó a cabo el 6 de julio de 1994, de conformidad con lo dispuesto para la sentencia anticipada, habiendo aceptado el procesado, sin reparos, los cargos formulados en la acusación.

Así, se profirió el fallo de primera instancia, que al ser apelado por la defensa, recibió confirmación del Tribunal con las modificaciones precedentemente expuestas.

La Demanda

Sin mencionar la causal en que se apoya, en el acápite que denomina "EFECTOS ANTIJURIDICOS DE LOS HECHOS" plantea el casacionista una nulidad por violación al derecho de defensa, pues en su criterio, el abogado que asistió al procesado durante la etapa instructiva en una equivocada asesoría –que no puede entenderse como estrategia defensiva– lo llevó a desistir de la sentencia anticipada que el mismo profesional había solicitado durante el término precalificatorio, haciéndole perder una rebaja de pena de aproximadamente 10 años de prisión, "sin contar los demás descuentos que han sido negados en la sentencia".

En lo expuesto bajo el título "PRIMERA NULIDAD, VIOLACION DEL ARTICULO 29 DE LA CARTA POLITICA DE 1991", parece complementar la fundamentación del reproche anterior aduciendo que tanto los funcionarios públicos como los particulares en general, "pero de manera principal a los profesionales del derecho que en cualquier momento dado contribuyen al juzgamiento de sus ciudadanos", deben respetar las normas constitucionales.

Por ello, considera que el juzgador no puede permitir que una persona soporte una pena injusta debido a una sentencia "inadecuada" y "solamente por errores en lo que se ha denominado táctica de defensa" y por tal motivo considera que la proferida en este asunto "debe dejarse sin valor", pues de lo contrario el ejercicio del derecho de defensa resultaría contrario a lo que debe ser.

En lo que denomina "SEGUNDA NULIDAD" hace algunas referencias a los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución Política, reproduciendo a continuación un aparte de jurisprudencia de esta Sala sobre las llamadas nulidades constitucionales, procediendo, acto seguido, a afirmar la indebida aplicación de la ley 40 de 1993, porque, "solamente puede aplicarse a delitos de homicidio que se encuentren relacionados con el delito de secuestro exclusivamente y no para casos como el de marras, el cual debe atender a las disposiciones de carácter general y que contemplan el tema de manera específica, sin condicionarlo a especialidad delictual alguna de la que pueda derivarse o tener relación de causalidad".

Y como corolario de lo anterior arguye que "la falta de defensa adecuada, la indebida aplicación de las normas al caso específico y la negación de beneficios que tienen que ver con descuento de pena, con ocasión de la comparecencia voluntaria ante las autoridades y la confesión de la conducta penal, lo mismo que la rebaja por terminación anticipada encajan en los parámetros establecidos por el legislador en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C.P.P.".

Solicita se declare la nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304.2.3. del C.P.P.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita no casar la sentencia impugnada, habida cuenta que no le asiste la razón al casacionista en ninguna de las nulidades propuestas.

Así, después de hacer una serie de precisiones sobre el contenido y alcance de las nulidades, dice el Ministerio Público, en lo que tiene que ver con la primera nulidad propuesta, que el argumento del defensor se cae por su propio peso, pues él mismo acepta que el desistimiento de la sentencia anticipada se debió al interés de solicitar la libertad por vencimiento de términos, no obstante que en la etapa del juicio nuevamente

fue solicitada y practicada, obteniendo así el procesado una rebaja de pena por este concepto.

Igualmente destaca que el defensor designado por el procesado participó activamente en el proceso solicitando pruebas, la libertad provisional, interponiendo recursos, presentando alegatos, etc., razón por la cual, la exposición del censor "obedece a una intrépida postura en la que degrada la actuación de su colega, pero sin que su dicho sea demostrativo de vulneración a derecho alguno del sindicado".

Y en relación con la "segunda nulidad propuesta", en criterio del Delegado, todo se reduce a "proponer una variedad de situaciones" respecto de las cuales el demandante no aporta ningún argumento serio, considerando por tanto inidónea la censura por carecer de los presupuestos de precisión, claridad y técnica que exige el recurso de casación.

CONSIDERACIONES

1o. Una vez más debe reiterar la Sala que la dialéctica del recurso extraordinario de casación, como rogativo que es, impone al demandante la sujeción a unas exigencias de orden técnico que exigen la proposición clara, precisa y ordenada de los reproches con los cuales se aspira a quebrar el fallo demandando, debiendo exponerse de manera lógica y de acuerdo con esa metodología los yerros del juzgador, de manera tal que a cada una de sus afirmaciones acusatorias la prosiga su debida demostración.

2o. En el caso concreto es evidente el abandono del censor de estas fundamentales exigencias, aún a partir de lo que debería ser el resumen de los hechos al entremezclarlos con cuestionamientos valorativos al fallo impugnado, continuando con una argumentación similar en lo que inusitadamente denomina "EFECTOS ANTIJURIDICOS DE LOS HECHOS", para pasar de inmediato a exponer los pretendidos cargos, sin siquiera mencionar qué causal de casación es la que le sirve de sustento, aunque de la propuesta de nulidad, habría, en principio, de colegirse que se trata de la causal tercera del artículo 220 del C. de P. P.

3o. Sin embargo, sobre esta pretendida nulidad, razón le asiste al Delegado cuando afirma que con la argumentación presentada por el casacionista no se evidencia ninguna vulneración de garantías fundamentales del procesado, ni mucho menos el desconocimiento de las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento, reduciéndose en un todo el escrito a una escueta e irresponsable crítica a la labor defensiva desplegada por el profesional que para la etapa instructiva fungía como defensor, a lo cual subyace una solicitud de revisión oficiosa del proceso que desconoce que en esta sede, la obligación del demandante es precisamente confrontar la supuesta actuación irregular con los resultados del proceso a fin de poner de presente su trascendencia en el fallo.

4o. En efecto, desconoce el censor que el yerro *in procedendo* que aduce como violación a la defensa lo hace radicar precisamente en un acto propio del ejercicio de este derecho, tanto desde un punto de vista técnico como material, pues la solicitud de sentencia anticipada presentada por el defensor del procesado durante el término precalificatorio, como "petición especial" dentro de los alegatos de conclusión, fue desistida de manera voluntaria, clara y expresa por el propio Celis Moreno, antes de que se calificara el sumario, en memorial suscrito por él y su abogado, manifestándole al Fiscal que "siga adelante el proceso como tal", reduciéndose así el reproche a una simple discrepancia de criterios entre el personal parecer del demandante y el de su antecesor, respecto de la dinámica defensiva empleada por éste y la que él habría asumido en punto de la conveniencia de tal proceder, como si efectivamente en dicho momento Celis Moreno tuviese ese derecho, dejando de lado el análisis normativo sobre la sucesión de leyes y la propia hermenéutica de las disposiciones a aplicar, que le demostrarían si la actividad redunda efectivamente en beneficio del procesado, evidenciándose así lo sofístico de su argumentación y lo que es más trascedental, lo inane de la censura por falta de interés para recurrir.

Así, el 19 de noviembre de 1993, cuando el anterior defensor hizo la referida petición de terminación anticipada del proceso, ya se encontraba en vigencia la Ley 81 del mismo año, modificatoria en sus artículos 3o y 4o. del 37 del Decreto 2700 de 1991 en cuanto a la oportunidad procesal para su solicitud, pues mientras que con éste podía presentarse desde que se profiriera la resolución de apertura de la investigación hasta antes de fijarse fecha para la celebración de la audiencia pública, en la Ley 81 no sólo se crearon dos figuras al respecto, esto es, la sentencia anticipada y la audiencia especial, sino que para la primera de ellas, se limitó su oportunidad a la etapa instructiva, entre la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica y el cierre de la investigación y en el juzgamiento, desde la ejecutoria de la acusación hasta antes de fijarse fecha para el debate público, caso en el cual la diligencia versaría sobre los cargos formulados en el pliego acusatorio.

6o. Esto explica por qué el abogado de entonces hizo énfasis en que solicitaba la aplicación del artículo 37 original, pues frente a la ley vigente tal petición resultaba improcedente para ese momento, si se tiene en cuenta, como ya se dijo, fue elevada en los alegatos de conclusión, lo que por supuesto presupone la ejecutoria de la resolución de cierre de investigación y por ende, su extemporaneidad en dicha etapa procesal, como en reciente oportunidad lo precisó la Sala, en decisión mayoritaria, al afirmar:

"Se concluye parcialmente que ese -antes- escrutado no se agota con la mera declaración de cierre de investigación, sino que se proyecta hasta la ejecutoria de la respectiva providencia. Aunque se pensara, en gracia de discusión, que el genuino querer de los redactores de la ley se orienta-

ba a sellar la oportunidad con el solo proferimiento de la resolución, lo cierto es que no fue eso lo que expresaron claramente en el texto normativo, y por ello se impone esta suerte de interpretación contextual o sistemática que, frente a la ambigüedad de la ley, es el único método que suministra seguridad jurídica, uno de los valores fundamentales del derecho –aunque no el único–, en el sentido de que fijar como punto de llegada la ejecutoria de las resoluciones es algo que, no sólo por su sentido jurídico-sistemático sino también por su ambientación en la práctica judicial para otras instituciones, resulta más fácil de preveer a los destinatarios de la norma" (Casación No. 10.397 de abril 16 de 1998, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

7o. Es estas condiciones, entonces, bajo el criterio del casacionista de conformidad con el cual, lo procedente era no haber desistido de la petición de terminación anticipada del proceso, y habida cuenta de que la solicitud se hizo en el alegato precalificatorio del sumario, es claro que los efectos punitivos en forma alguna beneficiarían el incriminado, pues al encontrarse ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, además de que de conformidad con la ley vigente para ese momento, la 81 de 1993, había precluido la oportunidad para hacerlo durante la instrucción, siendo viable únicamente para el juicio, aún con la cuestionable aplicación del original artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 que reclama el censor, ya que no estaba vigente para la fecha en que se presentó la petición, la disminución de pena hubiese sido la misma, una sexta parte que resulta idéntica a la que finalmente le fue deducida al procesado de conformidad con el inciso 6o. del artículo 3o. de la citada Ley 81; demostrándose así la falta de interés del recurrente para la formulación de este cargo.

8o. Ahora, en cuanto a lo que el censor denomina segunda nulidad, con acierto comenta el Delegado, que en realidad ello sólo comporta una serie de afirmaciones carentes de seriedad y sin ningún fundamento, pues lo relacionado con la tesis del casacionista en el sentido de que la aplicación de la ley 40 de 1993 sólo procede para los delitos de homicidio conexos con el de secuestro, es tema que ha debido plantear al amparo de la causal primera de casación, por motivo de violación directa de la ley en cuanto indebida aplicación de las normas pertinentes del estatuto antisecuestro y falta de aplicación de las dispociones originales del Decreto 100 de 1980, dicha discusión ya ha sido ampliamente superada por la jurisprudencia de la Sala, en tanto que es claro que el mencionado estatuto no generó un paralelismo normativo por cuanto fue expreso el legislador en introducir modificaciones punitivas a los artículos 323 y 324 del C.P., cuya tipicidad continúa siendo autónoma, como se ha expuesto, entre otros, en los fallos de noviembre 21 de 1995, julio 25 y noviembre 5 de 1996, junio 17, julio 13, septiembre 25, octubre 22, noviembre 5 y diciembre 9 de 1997 y últimamente en los de enero 21 y febrero 4 del presente año.

9o. Finalmente, en lo relacionado con "la falta de defensa adecuada y la negación de beneficios que tienen que ver con el descuento de pena, con ocasión de la comparecencia voluntaria ante las autoridades y la confesión de la conducta penal", desconoce la Sala las razones por las cuales el casacionista las aduce como motivos de nulidad, pues se trata de simples, genéricas y aisladas afirmaciones carentes de argumentación, lo cual de suyo releva a la Corte de su estudio.

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION/MINISTERIO PUBLICO

De conformidad con el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, el traslado para pedir pruebas durante el proceso de extradición, tiene por destinatario a la persona requerida o su defensor. Con la entrada en vigencia de la Ley 201 de 1995, que en su artículo 87 literal d) asigna al Ministerio Público la función de "Intervenir en el trámite de extradición ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia", debe entenderse que ese traslado comprende también al Procurador Delegado.

Si bien la citada disposición no precisa el momento a partir del cual dicha intervención puede presentarse, una interpretación sistemática permite arribar a la conclusión que ella ha de darse a lo largo de la actuación que se surta ante esta Corporación, incluyendo, por supuesto, el término legal de traslado para pedir pruebas.

Con esta postura aclara la Sala expresamente el punto, y retoma el planteamiento que en el mismo sentido fuera expuesto desde el doce de julio de mil novecientos noventa, con ponencia del Magistrado doctor Páez Velandia, según el cual, en tratándose del proceso de extradición, 'nada más lógico y necesario que el Ministerio Público "sirva a la justicia' colaborando con ella en la forma más obvia posible cual es, pidiendo pruebas y controvirtiendo las que aduzcan los interesados...", criterio que mantiene plena vigencia de cara a la nueva realidad jurídica que gobierna el país a partir de la Constitución de 1991, incluida la reforma al tema recientemente introducida.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal · Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 14007

Aprobado acta No. 65

Se pronuncia la Corte sobre las manifestaciones presentadas por el solicitado en extradición señor Jácome Tomás Milanés en memorial que precede.

ANTECEDENTES

1. Con oficio OJU-310 fechado el diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete, el Ministerio de Justicia y del Derecho comunicó a la Corte que el Gobierno de los Estados Unidos de América, a través de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal No. 948 del 1 de diciembre de 1997, aclarada por la No. 963 del siguiente día 5, formalizó la solicitud de extradición del ciudadano cubano Jácome Tomás Milanés.

Por lo anterior, de conformidad con lo previsto por el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, remitió a esta Corporación los documentos presentados por la Embajada de los Estados Unidos de América, a fin de obtener el Concepto correspondiente (fls. 1 y ss. cno. Corte).

2. Mediante proveído del diez de marzo del año que transcurre, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, se dispuso correr traslado, por el término de diez días, al requerido y su defensor, para que solicitaran las pruebas que consideraran necesarias (fls. 44 y ss. cno. Corte).

3. El señor Jácome Tomás Milanés, por escrito manifiesta renunciar irrevocablemente a ejercer los "recursos" que le asisten, previstos para el trámite de extradición.

Pide, igualmente, "que se proceda de inmediato a cumplir con los actos de entrega y se ejecute la orden del Gobierno Norteamericano".

Soporta su pretensión en que "un día y una noche en la Cárcel Modelo constituyen, paradójicamente, el material que le faltó a Dante para pulir su inmortal obra 'El Infierno'" (fl. 50).

4. El defensor del requerido, por su parte, mediante escrito manifiesta coadyuvar la petición presentada por su asistido, en "respeto a lo expresado por el interesado" (fl. 53).

SE CONSIDERA

1. De conformidad con el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, el traslado para pedir pruebas durante el proceso de extradición, tiene por destinatario a la persona requerida o su defensor. Con la entrada en vigencia de la Ley 201 de 1995, que en su artículo 87 literal d) asigna al Ministerio Público la función de "Intervenir en el trámite de extradición ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia", debe entenderse que ese traslado comprende también al Procurador Delegado.

Si bien la citada disposición no precisa el momento a partir del cual dicha intervención puede presentarse, una interpretación sistemática permite arribar a la conclusión que ella ha de darse a lo largo de la actuación que se surta ante esta Corporación, incluyendo, por supuesto, el término legal de traslado para pedir pruebas.

Con esta postura aclara la Sala expresamente el punto, y retoma el planteamiento que en el mismo sentido fuera expuesto desde el doce de

julio de mil novecientos noventa con ponencia del Magistrado doctor Páez Velandia, según el cual, en tratándose del proceso de extradición, "nada más lógico y necesario que el Ministerio Público 'sirva a la justicia' colaborando con ella en la forma más obvia posible cual es, pidiendo pruebas y controvirtiendo las que aduzcan los interesados...", criterio que mantiene plena vigencia de cara a la nueva realidad jurídica que gobierna el país a partir de la Constitución de 1991, incluida la reforma al tema recientemente introducida.

Tomando en cuenta, entonces, que en el trámite de extradición ante la Corte participan no solamente el requerido y su defensor sino el sujeto procesal que viene de referirse, ha de concluir la Sala que la renuncia al rito legalmente establecido, presentada por el señor Jácome Tomás Milanés, resulta inane por no surtir ningún efecto jurídico dentro de la actuación, siendo, por ende, llamada a su rechazo toda vez que de aceptarse el planteamiento propuesto, no sólo conllevaría que el requerido en extradición, desde el punto de vista del interés particular, conserve la posibilidad de llevar a cabo las gestiones que considere pertinentes a su defensa, sino, además, detrimento del debido proceso, pues se estaría desconociendo la facultad de intervención del Ministerio Público, garantía fundamental esta que, a la luz de la normativa constitucional vigente, es indisponible e irrenunciable.

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

RESUELVE:

PRIMERO. NO ACEPTAR LA RENUNCIA AL TRAMITE JUDICIAL presentada por el requerido en extradición señor Jácome Tomás Milanés por las razones anotadas en el cuerpo de este proveído.

SEGUNDO. Por la Secretaría de la Sala súrtase el traslado dispuesto en auto del diez de marzo último, el cual corre simultáneamente para todos los sujetos procesales, incluido el Procurador Delegado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA/NULIDAD/ACCION DISCIPLINARIA

1. El hecho de que un nuevo abogado tenga una óptica distinta sobre la forma como a su juicio se ha debido enfocar la estrategia defensiva, no es de por sí significativo de que hubo violación del derecho a la defensa, pues como es lógico, cada profesional cumple su misión de acuerdo con el criterio que se forme sobre el asunto.

2. Es ilógico buscar que se anule un proceso que ya tiene sentencia de segunda instancia, simplemente para que se regrese a una etapa en que sea posible otorgar libertad provisional al acriminado, pues si bien ese es un derecho del cual puede gozar en un momento procesal dado, superado el mismo ya no es viable insistir en su concesión.

Desde luego que el hecho de que no genere nulidad no significa que el funcionario no deba responder disciplinaria y/o penalmente cuando ha obrado de manera arbitraria.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Proceso No. 9426

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 65

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Pablo César Fernández Casas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al aquí recurrente y a Juan Carlos Posada Fernández como coautores del punible de extorsión en la modalidad de tentativa, y a Gabriel Angel Bedoya Blandón como cómplice del mismo delito, con la modificación de reducir la pena privativa de la libertad y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas de los coautores, de cuarenta y dos (42) meses a treinta y seis (36), y la del cómplice, de veinticuatro (24) meses a diecisiete (17).

Hechos

A mediados del mes de julio de 1992, en la residencia de la familia Orrego Angulo, ubicada en el perímetro urbano de Medellín, empezaron a recibir llamadas en las cuales se advertía a sus integrantes que el difunto cabeza de familia adeudaba la suma de un millón quinientos mil pesos, y que si no los pagaban los acreedores estaban dispuestos a matarlos.

Luego de sucesivas comunicaciones, se convino que a las diez de la mañana del 24 de julio un individuo reclamaría dicha cantidad a Liliana Orrego Angulo. A eso de las 10:10 a.m.del día señalado, arribó al domicilio Pablo César Fernández Casas, quien recibió de la dama un paquete que supuestamente contenía el dinero, luego de lo cual fue retenido por miembros del UNASE, que habían sido alertados previamente. También se capturó a Gabriel Angel Bedoya Blandón y Juan Carlos Posada Fernández, quienes se hallaban cerca del lugar donde ocurrió la inicial aprehensión, pues habían sido descritos y detallados por Fernández Casas como partícipes en la actividad extorsiva.

Actuación Procesal

Con fundamento en las diligencias adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, la Unidad Primera Especializada de la misma entidad asumió el conocimiento de los hechos y ordenó proseguir la averiguación. Dispuso vincular mediante indagatoria a Pablo César Fernández Casas, Gabriel Angel Bedoya Blandón, Juan Carlos Posada Fernández y Juan David García Zapata.

A los indagados se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, con excepción de Juan David García Zapata, a quien se le otorgó la libertad inmediata.

La Unidad Primera –Fiscalía Sexta–, dispuso remitir el proceso por competencia a los Juzgados Penales Municipales –Reparto– de Medellín, porque la cuantía del hecho era inferior a los cincuenta salarios mínimos.

Posteriormente el Juzgado Treinta Penal Municipal de Medellín, con fundamento en el artículo 8o. del Decreto 2271 de 1991, ordenó enviar el proceso a la Fiscalía Sexta de la Unidad de Patrimonio. La Fiscalía Veintitrés –Unidad Primera de Patrimonio–, calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de junio 2 de 1993, con resolución de acusación contra los procesados Pablo César Fernández Casas, Juan Carlos Posada Fernández y Gabriel Angel Bedoya Blandón, por el delito de extorsión en la modalidad de tentativa, agravado en razón de la cuantía. Igualmente se señaló que los procesados no eran acreedores a la libertad provisional. Se dispuso la preclusión de la investigación en favor de Juan David García Zapata.

Le correspondió adelantar la causa al Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, despacho que luego de celebrada la audiencia pública profirió sentencia condenatoria contra PPablo César Fernández Casas y Juan Carlos Posada, como coautores del punible imputado, imponiéndoles cuarenta y dos (42) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término; y contra Gabriel Bedoya Blandón veinticuatro (24) meses en calidad de cómplice. Además, la obligación solidaria de pagar quinientos mil pesos ($500.000) por concepto de perjuicios materiales, y cincuenta (50) gramos oro por los morales.

Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo anterior por los defensores de los procesados y por los dos acusados que se encontraban detenidos (Posada y Bedoya), el Tribunal lo confirmó con las modificaciones antes reseñadas.

La Demanda

Primer Cargo

Al amparo de la causal tercera de casación, el actor acusa la sentencia de segundo grado por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, pues se violaron las garantías procesales (debido proceso y derecho a la defensa), desde el momento en que se decidió revocar el beneficio de la libertad provisional otorgada en forma acertada al procesado Fernández Casas, con el argumento de que no era merecedor "...al subrogado de la condena de ejecución condicional, porque en caso de un fallo adverso la pena superaría los tres años de prisión, así hubiera indemnizado perjuicios materiales..." (fl.195), para posteriormente reiterar la negativa de tal derecho con fundamento en que el pago de la indemnización de perjuicios no era suficiente, ya que los perjuicios ascendían en su monto pecuniario a mucho más de lo avaluado por el perito designado por la Fiscalía instructora.

Sostiene el recurrente que sistemáticamente se negaron las solicitudes en procura de la concesión del mencionado derecho, no obstante que la defensa insistentemente abogara por su reconocimiento, advirtiendo incluso al Juez que si en el concepto del mismo no resultaba de recibo el peritaje avaluador de daños y perjuicios, se recurriera a lo dispuesto en los artículos 106 y 107 del Código Penal. Sin embargo, se negó la libertad provisional y en esa oportunidad mediante "AUTO DE CUMPLASE", sin notificación alguna a los sujetos procesales, contrariando a su vez la posibilidad jurídica de revisar esa decisión mediante el recurso de apelación que la misma normatividad civil prevé (art. 138 inc. 2 del C. de P. Civil).

c) Con los fallos judiciales se vulneró el art. 29 de la C.N., reproducido por el art. 1o. del C. de P. P., además el art. 13 del Código citado; en concordancia con lo establecido como causales de nulidad en el

art. 304 numerales 2 y 3, y lo que dispone el numeral 2 del art. 308 *ibidem*.

Se demuestra la existencia de que los fallos se profirieron en juicio viciado de nulidad, "cuando se quebrantaron las normas procesales que garantizan y protegen la libertad del ciudadano procesado: el derecho asistido a que su pena se reduzca en los términos que establece la ley; a recibir pronta resolución a las solicitudes que se formulen en defensa de sus intereses; es decir, a respetar primigenio y fundamental derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes y con observancia de las ritualidades propias de cada juicio".

El procesado Fernández Casas, "colaborador inmediato de la justicia, a través de su defensor pregonó y ha procurado porque su pena aflictiva de la libertad sea lo menos posible; brindando la posibilidad de identificar y capturar a los demás intervinientes de la acción delictual, su injurada y posterior ampliación –atemorizada– es fiel reflejo de su inicial dicho, además de tener voluntad resarcisoria de los perjuicios ocasionados". Pese a que es el único procesado que quiso reparar el agravio, la justicia le ha impedido de manera sistemática y reiterada esa posibilidad.

Se han quebrando las formas propias del juicio, "cuando se han mal interpretado las leyes, vr. gr. que todas las causales de libertad provisional tienen que pasar el rasero de lo establecido por el art. 415-1 del C. de P. P.; que siendo el avalúo de perjuicios muy inferior a la plenitud de los mismos, no se tomaron los correctivos que únicamente poseen y facultan al funcionario judicial para ello; que si tal prueba pericial adolecía de lamentables yerros, no se hiciera absolutamente nada por subsanarlo, repetirlo, corregirlo, etc.".

No sobra señalar a pesar de su obviedad, que al procesado Fernández Casas se le infringió grave perjuicio a sus derechos fundamentales (debido proceso y derecho a la defensa), "por cuanto con los hechos judiciales en comento se le privaron las garantías mínimas que la ley otorga al ciudadano procesado como el de poder disfrutar del beneficio a la libertad provisional –art. 415-7 del C de P. Penal– (teniendo la posibilidad jurídica de ello y siendo el único procesado con voluntad resarcisoria); de aceptar su responsabilidad y terminar eventualmente el proceso en forma anticipada (no se pudo presentar voluntariamente, pues pesaba una orden de captura en su contra, a pesar de que siempre estuvo pendiente de su situación, incluso otorgando poder para que mediante acción tutelar se cancelara dicha orden, (su captura fue en el lugar de trabajo).

Son pues éstas las demostraciones del grave perjuicio sufrido, "en veces por la infortunada interpretación de un texto legal; ora por una indebida justificación judicial para no reconocer el beneficio; o para que en últi-

mas el juzgado del conocimiento –con sentencia compartida por el superior–, proclamándose la improsperidad de un incidente, cuando se reclamaba en ejercicio del derecho a defenderse, el auxilio de la fijación judicial anticipada de los perjuicios, con miras a ser más benigno en cualquier procesado, el de por sí tortuoso trámite procesal, y de contera, la final pena".

Advierte "que se ha repetido en este proceso –como en todos los de extorsión–, que su naturaleza delictual radica en la afectación o al menos en la posibilidad de poner en peligro diversos intereses o bienes social y jurídicamente regulados; pero al parecer, ello no es óbice para que se pretenda por vía de interpretación REUBICAR su lugar en aquellos delitos que el legislador consagró en su parte especial, como atentatorios contra el patrimonio económico, Título XIV, Capítulo Segundo, art. 355 –modificado por el art. 7 del Dcto. 2790 de 1990 y art. 32 de la Ley 40 de 1993– del estatuto sustantivo en materia penal."

Siendo cierto lo anterior "no es dable argüir legalmente, restricciones subjetivas para la no concesión de las causales objetivas y autónomas de la libertad Provisional y mucho menos aceptable en un estado de derecho, el silencio judicial impuesto a la defensa de una posibilidad liberatoria –Art. 415-7 del C. de P.Penal–, coincidente en todos sus presupuestos con la diminuente específica de punición –art. 374 del C. Penal–".

A lo anterior se suma "la dicotomía en la valoración del dictamen pericial avaluador, pues tiénese para algunos funcionarios investidos de justicia; como sustento legal liberatorio (Juzgado 30 Penal Municipal); como atenuante punitivo para el DETERMINADOR del hecho punible (Fiscal *a quo* y JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO que aceptó la terminación anticipada del procesado Benjamín Gutiérrez Rodríguez - fls. 242, 244, 250...;) o únicamente y en el mejor de los casos, tal cual el *ad quem* deduce una mera circunstancia genérica de atenuación (art. 64-7 del C. Penal)".

Solicita a la Corte que se case la sentencia impugnada y se "decrete la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de julio 2 de 1993 inclusive, para que el juzgador de primera instancia subsane las irregularidades anotadas en esta demanda y fije el monto de los perjuicios ocasionados con la infracción".

Segundo Cargo

Se formula al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, por violación directa de la ley sustancial, "por interpretación errónea del artículo 31 de la Constitución Política, reproducido como principio rector por el artículo 17 del C. de P. Penal. Además tergiversó el artículo 34 de la Ley 81 de 1993 modificativo del 217 del C. de P. P."

Con la aplicación indebida de las circunstancias de agravación (art. 66-2-7 del C. Penal) se violó de manera directa la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta Fundamental, pues "Extendió sus facultades el *ad quem*, sin estarle autorizado por mandato legal, al dosificar una pena aduciendo circunstancias de agravación punitiva que no fueron incorporadas por el *a quo*, ni fueron objeto de censura en la apelación interpuesta y sustentada".

La defensa Pública oficiosa "no es del entendimiento de que la prohibición peyorativa en comento, permite al funcionario que revisa el contenido de una sentencia por vía de apelación del condenado como único recurrente, graduar la pena entre los límites fijados por el fallo. Añadiendo cuantas circunstancias de agravación considere estructuradas, a pesar de manifestar que se respeta LA PROHIBICION DE REFORMAR EN PEOR".

Mediante sentencia de casación penal de julio 21 de 1992, M.P. dr. Didimo Páez Velandia. "se tiene como indiscutido argumento, que la prohibición de la reformatio *in pejus* no ampara los actos ilegales.

Pero en el caso bajo estudio, se cuenta con una pena mínima legal en el fallador de primera instancia, que se encuentra de igual manera conforme la circunstancia de la cuantía, y disminuida porcentualmente de manera errada atendiendo a uno de los llamados dispositivos amplificadores del tipo –De la Tentativa–. Pero el superior suma circunstancias de agravación no previstas en ninguna parte del estadio instructor y mucho menos en la providencia que era revisada; así corrija el yerro de la punición, pues se trata de una tentativa, AGRAVA LA PENA PARA EL DELITO DE EXTORSION en dos oportunidades, aplicando indebidamente la ley sustancial: La primera (aumentó seis meses) mediante la normatividad contenida en el art.66-2-7 del C. Penal y la segunda (intensificó dos meses) al pasar de 16 a 18 meses por virtud del art. 372-1 *ibidem*; así este hecho delictual se hubiera quedado en los terrenos del mero conato".

En apoyo de sus planteamientos, cita jurisprudencia referente a la observancia del principio de la *reformatio in pejus* para el juzgador de segundo grado, incluso entratándose de las circunstancias genéricas de agravación punitiva.

Concluye, que el superior 'no puede 'moverse' libremente dentro de la pena aflictiva de la libertad impuesta por el inferior, para acudir a su albedrío de intensificar por una parte, siempre y cuando 'ajuste' su punición final con otras circunstancias que la atenúen o disminuyan. Esta es una obligación de no hacer, de no agravar, de no introducir reformas que desmejoren una tasación o dosificación punitiva efectuada por el *a quo*, siempre y cuando consulte los principios de legalidad de la pena sin menoscabo del derecho de defensa".

Solicita a la Corte "CASAR PARCIALMENTE" la sentencia recurrida y dictar la que en su lugar deba reemplazarla".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1o. CAUSAL TERCERA (Nulidad)

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera que no cabe casar la sentencia por las siguientes razones:

En realidad en una argumentación llena de razonamientos y afirmaciones diversas, "en esencia se censuran dos aspectos: que la defensa pública oficiosa nunca trató de demeritar el valor de las pruebas del proceso, lo cual será un cargo sin demostración, y que además no implica la carencia de defensa técnica como que no es forzoso que la defensa deba demeritar la prueba del proceso, aunque bien puede ser uno de los medios de ejercitar la defensa".

En relación con el segundo tema que se refiere al hecho de habérsele negado la excarcelación solicitada con base en el art. 415 7 del C. de P. P., el Procurador hace un análisis de las decisiones cuestionadas, para concluir que en su "opinión era procedente la libertad provisional durante el curso del proceso, pues no resultaban apropiados los argumentos criminológicos y sociológicos para desatender la previsión legal sobre la libertad provisional, que no está condicionada a tales criterios.

Sin embargo, considera que el tema se sale de la posibilidad de casar el fallo judicial que puso fin a la actuación, visto que ello aún admitido que fue irregular procesalmente, y que vulneró el derecho a la libertad provisional durante la investigación –no tiene incidencia alguna frente a la sentencia, pues la irregular decisión sobre el punto no rompe la estructura formal del proceso, ni desquicia sus bases en cuanto a la conformación del debido proceso, sino que apunta a una garantía fundamental del procesado no cumplida– que generará las responsabilidades propias de una infracción tal, pero que superada la fase del proceso en que ello debió hacerse no puede ser remediada mediante el ataque de la sentencia en casación.

En cuanto a que "se negó la libertad por vía del derecho a gozar de la condena condicional, –lo que también se reclama por el impugnante como factor de nulidad– ", dice la Delegada que todas las razones dadas por los falladores de instancia son válidas, "una tomada de la gravedad del hecho desde el punto de vista criminológico, otra de la necesidad de tratamiento penitenciario que anticipa el juzgador, y además la del quántum punitivo, todo lo cual abona la corrección de la decisión de las instancias".

Existe una razón más, suficiente en criterio de la Delegada, la prohibición expresa de que trata el artículo 15 de la Ley 40 de 1993, aplicada en este caso por favorabilidad para el procesado y la cual debe regir en un todo, pues no es factible la *lex tertia* - en fraude al buen sentido de la ley y que preceptúa la "Exclusión de beneficios y subrogados".

Del análisis que hace al respecto, concluye que en el caso que nos ocupa la libertad provisional sólo podría concederse por pena cumplida, "argumento más que sólido para agregar, y que demuestra la incorrección del fundamento de la demanda para invalidar la sentencia por vía de nulidad, como que los funcionarios negaron si la libertad pero sobre bases de buena ley en los dos eventos que plantea el impugnante".

En concepto del Procurador, "por manera alguna resultaba procedente el otorgar el derecho a la libertad provisional en el decurso procesal al acusado –ausente para esa época– así como impedía el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional".

En relación con la tasación efectuada por los falladores, advierte que en tal proceder no existe ilegalidad de la sentencia ni del proceso, de acuerdo con la jurisprudencia de casación que cita.

2o. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL.

Para el Procurador "la punibilidad ha sido dosificada incorrectamente, pues en la primera instancia y siguiendo sus propios criterios de dosificación apenas debió llegar a 32 meses, en vez de lo cual se impuso la pena de 42 meses, excediendo en 10 meses la que legalmente debió ser".

En la segunda instancia sucede igual "ya que siguiendo también sus criterios expresados en el fallo, la pena debió sumar un total de 40 meses, no obstante lo cual la dejó finalmente en la cantidad de 36 meses, con un defecto de cuatro meses sobre la pena legal".

Es evidente que tanto los 42 meses de la primera instancia, como los 36 meses de la segunda quedarían dentro del límite cuantitativo de legalidad que señala el art. 22 de la ley penal y también es evidente que la pena total de segunda instancia, a pesar de que fue incrementada según los criterios cualitativos y cuantitativos empleados en concreto, resulta inferior a la del fallo de primera instancia, "con lo que *ictu oculi* resultaría atendiendo el principio de no agravación de la pena por parte del juez de segunda instancia".

Sin embargo, reiteradamente lo ha establecido la jurisprudencia, "que la garantía que inspira el precepto constitucional (art. 31), radica en que quien apela a una instancia superior pretende remover las situaciones gravosas definidas en la sentencia (o la providencia de primera instancia), que son las únicas respecto de las cuales tiene interés de impugnación. Es decir, se apela sólo en lo desfavorable, y para mejorar la situación procesal del recurrente, pero no para desmejorar su estatus en el proceso. Por ello es una verdadera garantía de no agravamiento de la punibilidad que se introduce con la nueva Constitución Nacional, que se reproduce textualmente en el art. 217 del C.P.P. y que es consecuencia lógica de la exigencia del interés para el recurso artículo196 C.P.P., y la limitante impuesta a la segunda instancia de que solamente se pronuncie en

relación con los aspectos impugnados' -artículo 217 del C.P.P-, cuando se trate del condenado apelante único".

Es por ello que, "aunque no es precisa la demanda en ese aspecto, ciertamente que se vulneró el principio de prohibición de *reformatio in pejus* ya citado, en virtud de que los sentenciadores de segunda instancia aumentaron a la punibilidad de la primera SEIS MESES POR AGRAVACION GENERICA DEL ARTICULO 66 DEL C.P. y como fenómeno aritmético consecuencial DOS MESES MAS al computar una tercera parte de la pena inicial. De modo que cuantitativamente se aumentó la pena en la segunda instancia, en el examen de los factores particulares que componen el total de la punibilidad impuesta, y que ello implica un agravamiento de un predicado evaluativo del factum delictivo, no previsto en la primera instancia: agravante genérico del artículo 66 del C.P. Existe un reproche penal que tiene significado numérico en la pena, que no puede menos que tener el alcance de un incremento de pena en desmedro del derecho del apelante único".

En criterio de la Delegada, "y para no caer en el mismo defecto censurado, como la punibilidad en concreto de la primera instancia cae dentro de lo legalmente permitido, aunque incorrectos hayan sido los criterios empleados en el evento y la pena pudiera resultar benévola, creemos que debe dosificarse conforme a los criterios del juez de primera instancia, que ya se expusieron atrás, dejando la punibilidad en 32 meses.

Así las cosas, y en vista de la violación al principio de la *reformatio in pejus*, el Ministerio Público solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia "para que exclusivamente se supriman los ocho meses correspondientes a las circunstancias de agravación consideradas ilegalmente por el Tribunal en contra de los sentenciados Juan Carlos Fernández y Pablo César Fernández Casas. Igualmente, se reduzca en cinco (5) meses la pena impuesta al procesado Gabriel Angel Bedoya Blandón debido a que sólo se le consideró la circunstancia genérica de agravación de que trata el art. 66-2 del C.P., por lo que sólo le mereció aumento de tres (3) meses, y el incremento de dos meses más por razón de la cuantía. Y que se ajuste la dosificación punitiva a la regla del artículo 22 del C.P. que no se observó según lo dicho."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Causal Tercera* (Nulidad)

Del confuso escrito presentado por el censor se rescata que toca los siguientes temas:

a) La defensa pública oficiosa nunca pretendió desconocer las pruebas oportuna y debidamente allegadas al proceso, ni trató de demeritar la va-

loración de las mismas, "con la desventaja que ello representó a los intereses del asistido";

b) Se violó el debido proceso cuando se revocó al imputado el beneficio de libertad provisional, con el argumento de que no era merecedor a la condena de ejecución condicional, porque en el evento de un fallo adverso la pena superaría los tres años de prisión, así hubiere indemnizado los perjuicios materiales;

c) Se le privó al sindicado de la posibilidad de atemperar el marco punitivo de la sanción mediante la reparación integral del agravio, y la posibilidad de aceptar su responsabilidad y terminar el proceso en forma anticipada, ya que no se pudo presentar voluntariamente porque pesaba contra él una orden de captura.

El primer punto se queda simplemente en la afirmación reseñada, de manera que no se sabe si con ello el defensor pretendía sustentar la violación del derecho a la defensa técnica, o sólo hacer ese comentario sin querer significar que al no cuestionar el defensor público la validez de las pruebas se hubiere afectado dicha garantía.

En todo caso, el hecho de que un nuevo abogado tenga una óptica distinta sobre la forma como a su juicio se ha debido enfocar la estrategia defensiva, no es de por sí significativo de que hubo violación del derecho a la defensa, pues como es lógico, cada profesional cumple su misión de acuerdo al criterio que se forme sobre el asunto. Además, el libelista no dice en qué sentido debía haberse cuestionado la prueba, ni cuál de ellas, única manera de conocer la trascendencia del ataque. Y algo muy diciente, pese a la crítica que formula, todo indica que él tampoco encontró objeción al respecto, pues en el libelo no incluye ningún reproche sobre esa materia.

El segundo tema propuesto, esto es, el atinente a que se violó el debido proceso por haber revocado la libertad provisional a Fernández Casas y haberse mantenido la negativa a concedérsela nuevamente, como bien lo estima el Ministerio Público, aún en el evento de que esa decisión hubiera sido equivocada, ninguna incidencia tiene sobre la sentencia, y por lo tanto no es un reparo de recibo en casación, pues con ella no se rompe la estructura formal del proceso ni se desquician sus bases, y superada la etapa procesal en que dicha libertad era posible, ya no se puede pretender que se invalide lo actuado para conseguir ese propósito, pues esa es una situación paralela al trámite, cuya suerte no impide que éste se surta normalmente.

En otros términos, es ilógico buscar que se anule un proceso que ya tiene sentencia de segunda instancia, simplemente para que se regrese a una etapa en que sea posible otorgar libertad provisional al acriminado,

pues si bien ese es un derecho del cual puede gozar en un momento procesal dado, superado el mismo ya no es viable insistir en su concesión.

Desde luego que el hecho de que no genere nulidad no significa que el funcionario no deba responder disciplinaria y/o penalmente cuando ha obrado de manera arbitraria, y nada indica que sea éste el caso.

Ante lo dicho no es necesario entrar en más detalles, pues la censura carece de objeto a esta altura del proceso.

El tercer aspecto propuesto es la reiteración de la tesis sostenida en las instancias, en el sentido de que se ha debido aceptar como pago de los perjuicios la cancelación de la suma de cuarenta y seis mil pesos ($46.000) fijada por un perito en un dictamen absurdo, como bien lo demuestra la sentencia, cuando ya la ofendida los había estimado en quinientos mil pesos ($500.000), sin que fuera cuestionada esa suma por los sujetos procesales.

En estas condiciones es evidente que el cargo debía haberlo presentado por la causal primera y no por la tercera, pues lo alegado no es un error *in procedendo* sino *in iudicando*, como quiera que la inconformidad es respecto de la apreciación de una prueba. Desde luego que en ese caso tenía que precisar si el reparo era por error de hecho o de derecho, y cuál la razón jurídica por la que el juzgador debía acatar el dictamen desechado.

Al margen de lo anterior es oportuno anotar, dada la evidente sin razón de la censura, que tampoco así tenía posibilidad de prosperar, pues las explicaciones aducidas por el sentenciador para no acceder a la petición son acertadas, y están dentro de las facultades que le otorga la ley para analizar las pruebas.

Finalmente, el comentario de que por mantener la orden de captura se le negó al acusado la posibilidad de presentarse y pedir sentencia anticipada es francamente absurdo y carente de seriedad, pues lo que se infiere es que todo el tiempo quiso eludir la acción de la justicia pretendiendo alcanzar una libertad provisional a la que no tenía derecho, y en ningún momento dio muestras de querer aceptar su responsabilidad, ni siquiera ante el hecho de que uno de los coslndicados puso fin a su proceso de manera anticipada.

2o. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

Aduce el casacionista que en la sentencia impugnada se aplicaron indebidamente las circunstancias de agravación de que trata el artículo 66 numerales 2 y 7 del Código Penal, las cuales no fueron incorporadas por el *a quo*, de manera que se violó directamente la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta Fundamental, norma que fue erróneamente interpretada, reproducida como principio rector por el artículo 17 del Código de

Procedimiento Penal, además de que se tergiversó el artículo 34 de la Ley 81 de 1993.

En orden a resolver el cargo se precisa lo siguiente:

a) Tres fueron los procesados condenados en el fallo de primera instancia, en el cual se dosificó la pena así:

Para Juan Carlos Posada Fernández y Pablo César Fernández Casas que responden como coautores, se partió del mínimo consagrado en el artículo 32 de la Ley 40 de 1993 –48 meses– aumentados en la tercera parte dada la cuantía mayor a $100.000, agravante del artículo 372 del Código Penal, "sumando sesenta y cuatro meses como pena imponible al delito consumado, como se trata de una tentativa, ésta se disminuirá a cuarenta y dos meses como pena imponible a los reos. En lo que respecta a Gabriel Angel Bedoya Blandón, esos cuarenta y dos meses se reducirán a veinticuatro, al catalogarse como cómplice".

b) Apelado el fallo de primera instancia por los defensores de los tres procesados, el Tribunal lo confirmó pero modificando la pena en el sentido de reducirla así: para los coautores, básico 48 meses, más seis (6) meses de incremento por las circunstancias genéricas de agravación (artículo 66 numerales 2 y 7 del C.P.), para un subtotal de 54 meses, más dieciocho meses de aumento por la cuantía de la extorsión, para un total de 72 meses, que disminuidos a la mitad por la tentativa, da 36 meses de prisión.

Para Gabriel Angel Bedoya Blandón se parte de cuarenta y ocho meses (48), más tres (3) meses de la agravante del numeral 7, (la del numeral 2 no se le imputa), más diecisiete (17) meses por la cuantía, para un subtotal de sesenta y ocho (68) meses, disminuido en la mitad por ser tentativa, y en la mitad por la complicidad, para un total de diecisiete (17) meses.

c) Como quiera que ninguno de los otros sujetos procesales recurrió el fallo, el mandato del artículo 31 cobraba plena vigencia. En acatamiento a su tenor, el superior –aparte de la tarea que le correspondía en torno al control de la legalidad de la pena–, debió limitarse a estudiar la situación de los apelantes conforme a las naturaleza de sus pretensiones, sin embargo, vulnerando la norma superior, decidió imponer agravantes genéricas que no fueron considerados por el fallador de primera instancia en el fallo apelado. La violación del precepto constitucional advienе incuestionable y ello amerita la casación parcial de la sentencia para remediar el error.

En consecuencia, la pena para los coautores Pablo César Fernández Casas y Juan Carlos Posada Fernández será de treinta y dos (32) meses de prisión, que resulta de partir del mínimo de cuarenta y ocho (48) meses, más dieciséis (16) de la agravante de la cuantía, menos la mitad por ser tentativa. En el mismo tiempo se fijará la interdicción de derechos y funciones públicas.

Para el cómplice Gabriel Angel Bedoya la pena será de dieciséis (16) meses de prisión, e igual término para la interdicción de derechos y funciones públicas, lo cual se obtiene de dividir la pena fijada para los coautores por la mitad.

Cabe advertir que la decisión se hace extensiva a los no recurrentes en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 243 del Código de procedimiento Penal.

d) Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 22 del Código Penal, la pena a imponer para la tentativa no puede ser "menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la pena señalada para el delito consumado". Ello quiere decir que en el caso de autos la pena para los coautores no puede ser inferior a 32 meses ni superior a 135 meses de prisión.

Así las cosas, la Sala se aparta del concepto del Procurador en cuanto considera que se deben suprimir "los ocho (8) (sic) meses correspondientes a las circunstancias de agravación considerados ilegalmente por el Tribunal en contra de los sentenciados Juan Carlos Posada Fernández y Pablo César Fernández Casas. Igualmente se reduzca en cinco (5) meses la pena impuesta al procesado Angel Bedoya Blandón...", puesto que ello implicaría que la pena para los coautores sería de 28 meses y para el cómplice de 12 meses de prisión, lo que atentaría contra la legalidad de la pena según lo acabado de anotar.

Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Imponer a Pablo César Fernández Casas y Juan Carlos Posada Fernández la pena de treinta y dos (32) meses de prisión, como coautores del delito de extorsión en grado de tentativa, y a Gabriel Angel Bedoya Blandón dieciséis (16) meses de prisión como cómplice del mismo delito.

TERCERO: En igual término se fija la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

CUARTO: Confirmar la sentencia en todo lo demás.

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

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COAUTORIA

En tratándose de la participación criminal se parte del supuesto que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan íntegramente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan.

Frente a ese panorama no resulta indispensable que cada interviniente realice totalmente el hecho, como tampoco se puede responsabilizar a cada partícipe por la fracción del hecho realizada, tal como lo sugiere el libelista, porque la figura en estudio no tendría ninguna razón de ser.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Proceso No. 9890

Aprobado Acta No. 65

Vistos

Mediante providencia del 11 de noviembre de 1993, el Juzgado 53 Penal del Circuito de esta ciudad profirió sentencia condenatoria en contra de Franklin Neysser Malagón Cancelado, Milton Roure y Francisco Laudelino Cancelado a quienes les impuso la pena de prisión de 18 años, como autores responsables del concurso material y heterogéneo de homicidio agravado, tentativa de hurto agravado y calificado y porte ilegal de armas; así mismo los condenó a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años y al pago de perjuicios materiales y morales en $16.427.880.oo y 500 gramos oro, respectivamente.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Bogotá la reformó en el sentido de suprimir la causal de agravación contemplada en el numeral 7°

del artículo 324 del C.P., procediendo entonces la condena por los delitos de Homicidio Simple, Tentativa de Hurto Calificado y Agravado y Porte Ilegal de armas, cometidos en concurso y por los cuales se hicieron merecedores a una pena principal de catorce (14) años de prisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos sucedieron el 28 de noviembre de 1992, a la altura de la carrera 12ª con calle 9ª del Municipio de Bosa, cuando aproximadamente a la una de la mañana los señores Moisés Rivera, Oscar Ricardo Sánchez Villamil y Julio Roberto Sánchez Florian, en momentos en que se dirigían a su residencia, fueron interceptados por dos sujetos que esgrimían armas de fuego y aducían ser miembros del F2; en razón a que el último de los nombrados les exigió su identificación, uno de ellos le respondió con un disparo, y el otro golpeó a Moisés Rivera con la cacha del revólver, causándole una lesión en la cara, para luego disparar también contra el mismo Julio Roberto y emprender la huida en una motocicleta color blanco con una raya negra, de placa KRC 88 que era conducida por un tercer individuo. A consecuencia de este enfrentamiento falleció el señor Julio Roberto Sánchez, horas después en el Hospital de Kennedy a donde había sido trasladado.

La captura de los sujetos fue efectuada por miembros de la Policía pertenecientes a la 19ª Estación, quienes consignaron en su informe que una vez enterados de los hechos observaron a tres sujetos que transitaban por la autopista sur, quienes alertados por su presencia, botaron al piso las armas que portaban así como otros elementos que les fueron decomisados. También comunicaron que el denunciante Oscar Ricardo Sánchez Villamil reconoció, sin vacilación alguna, a estos individuos como los que lesionaron a su padre por atracarlos. (fl 4 c.o No 1).

La investigación fue iniciada por la Fiscalía 89 Seccional de esta ciudad con base en el informe policivo No. 1573 de noviembre 28 de 1992 y la denuncia instaurada por Oscar Ricardo Sánchez Villamil, despacho que vinculó mediante indagatoria a Milton Roure Cancelado, Franklin Neisser Malagón Cancelado y Francisco Cancelado a quienes les decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presuntos autores de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, el 9 de diciembre de 1992.

La misma fiscalía admitió la constitución de parte civil de Oscar Ricardo Sánchez Villamil y adelantó las pruebas tendientes al perfeccionamiento de la investigación, entre ellas, la diligencia de reconocimiento en fila de personas efectuada por el citado denunciante y el testigo Moisés Rivera Rojas.

Una vez decretado el cierre de la investigación, se llevó a cabo diligencia de audiencia especial de que trata el artículo 37 del Código de Procedimien-

to Penal sin que se lograra acuerdo alguno. Luego, la Fiscalía 95 Seccional a la que le fue asignado el proceso procedió a calificar el mérito del sumario el 11 de mayo de 1993, con resolución acusatoria en contra de los sindicados, como presuntos autores de los delitos de Homicidio Agravado, tentativa de Hurto Agravado y Porte Ilegal de Armas, sin derecho al beneficio de la libertad provisional. Allí mismo se dispuso compulsar copias a las Inspecciones de Policía, para que se investigara lo referente a las lesiones personales sufridas por el señor Moisés Rivera.

Apelada la anterior decisión, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, la modificó en cuanto a la calificación jurídica, en el sentido de que procedía por los punibles de Homicidio Agravado, tentativa de Hurto Calificado y Agravado y Porte Ilegal de Armas, confirmándola en lo demás, el 17 de junio de 1993.

Avocado el conocimiento del asunto por el Juzgado 53 Penal del Circuito y una vez transcurrido el período probatorio en la etapa del juicio, se llevó a cabo la correspondiente audiencia pública y se dictó la sentencia de primer grado cuyos resultados ya fueron reseñados.

La Demanda de Casación

1. A nombre de Milton Roure Cancelado

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 220 del C de P.P., manifiesta el libelista que la sentencia acusada es violatoria de una norma de derecho sustancial, por haberse tergiversado o distorsionado el sentido de la prueba, que es tanto como falsear su expresión fáctica por cuanto se le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

Califica como una presunción y un acomodamiento de la prueba el que se afirme que su prohijado realizó las mismas conductas que los demás sindicados, porque el fenómeno de la coparticipación criminal, entendido como la realización conjunta del hecho punible, comprende la intervención de autores, coautores y cómplices. Esta pluralidad, impone la necesidad de precisar el papel jurídico que cada una de ellas ha jugado en el planeamiento, ejecución y consumación del hecho punible.

En tales condiciones, agrega el demandante, si se aceptara hipotéticamente que los sindicados fueron responsables de los hechos delictivos imputados, es necesario colegir que Milton R. Cancelado no tuvo ninguna participación en los reatos de Homicidio ni de Porte Ilegal de Armas y que sólo de manera indirecta habría contribuido a su realización, por encontrarse al timón de la motocicleta de su propiedad; por tanto, en su condición de cómplice se haría merecedor a los beneficios a que se refiere el artículo 24 del Código Penal, norma de la cual se podría decir que fue vulnerada por falta de aplicación en el fallo censurado.

Con base en lo anterior, solicita se invalide parcialmente la sentencia impugnada y en su lugar se reconozca que la conducta delictiva de este es diferente a la que le fue endilgada.

2. A nombre de Francisco Laudelino Cancelado

Al igual que el anterior libelo, estima que en el fallo se distorsionó o tergiversó el sentido de la prueba. Para el demandante resulta grave la afirmación relativa a que existe plena prueba de que este procesado es coautor de las conductas endilgadas. Explica que si bien en el informativo obra un reconocimiento de su patrocinado, también es cierto que quien lo realizó tuvo oportunidad de ver a los encartados cuando estuvieron temporalmente retenidos en la Estación de Policía, a la vista del público. Según él, en la misma diligencia se cometieron errores en el aparente afán de encontrar a quien sindicar de la autoría de las conductas investigadas.

Además, se habló de la incautación de armas, cuando lo cierto fue que éstas fueron halladas tiradas en el piso y no en poder de los sindicados lo cual, a su modo de ver, conduce a pensar que ante tales circunstancias se ha debido dar aplicación a lo establecido en el artículo 445 del C de P.P.

Solicita entonces que se invalide la sentencia y se reconozca que debido a la no existencia de plena prueba que señale al procesado Francisco Laudelino Cancelado como directo responsable de las conductas endilgadas, "le sea otorgada la presunción de inocencia aplicable en estos casos como el que nos ocupa".

3. A nombre de Franklin Neysser Malagón Cancelado

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del C. de P.P. , acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, por distorsión o tergiversación del sentido de la prueba.

También en este caso considera gravísimo que se afirme que existe la plena certeza de que su defendido fue coautor de los hechos imputados, cuando "No existe en el informativo un reconocimiento hecho en tal sentido".

Refiere una vez más, que las armas que se aduce fueron encontradas e incautadas a los sindicados, fueron halladas en el piso en lugar distinto al que fueran aprehendidos y no en su poder, como se ha querido hacer ver.

Por considerar que ha debido darse aplicación al artículo 445 del C. de P.P., impetra su aplicación para este procesado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

En cuanto a la demanda presentada a nombre del procesado Milton R. Cancelado, estima esa representación del Ministerio Público que el libelo

no debe prosperar por cuanto no cumple con los requisitos que exige la invocación de un falso juicio de identidad, como es la individualización de los medios probatorios respecto de los cuales se dirige el ataque y la demostración de que el fallador le otorgó a la prueba un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, ya que sólo se dedica a insistir que su defendido no debe responder como coautor.

Agrega que la argumentación de tesis generales, polémicas y controversiales no son de recibo y sólo permiten concluir que el fin perseguido por el demandante es el de anteponer su criterio frente a las deducciones del fallador.

Respecto de la demanda presentada a nombre de Francisco Laudelino Cancelado, considera que por la manera como se ha formulado el reproche a la sentencia puede afirmarse que el censor intenta la comprobación de falsos juicios de identidad en cuanto a las pruebas que someramente critica en cuanto a que fueron tergiversadas o distorsionadas, propuesta que se ve truncada frente a este escueto razonamiento.

Explica entonces que el reconocimiento de la duda por la vía indirecta, es procedente cuando el fallador ha desestimado la misma, pero en el caso que nos ocupa el demandante no realiza mayores esfuerzos en orden a demostrar el vicio *in iudicando* que atribuye al fallo del *ad quem*.

Además, el reconocimiento en el que el testigo Oscar Ricardo Sánchez Villamil señala como uno de los responsables del hecho a Francisco Laudelino Cancelado no se ve afectado por los "errores" que señala la defensa, por cuanto su individualización fue diáfana y plena de conformidad con las formalidades propias de esa diligencia y la circunstancia de que ese testigo los haya visto con anterioridad cuando estuvieron retenidos en la estación de policía, no permite edificar el yerro planteado por el censor, porque tal como consta en el mismo informe policivo, ya lo había reconocido.

Frente al libelo presentado a nombre de Franklin Neysser Malagon Cancelado, estima la procuraduría que al igual que las anteriores demandas, ésta adolece de un desarrollo coherente a la propuesta inicial, ya que la mencionada tergiversación de la prueba no encuentra demostración en el "lánguido" escrito, donde ni siquiera individualiza los medios de prueba supuestamente alterados. Aclara además que si bien este sujeto no fue reconocido en la diligencia de fila de personas, obran en el plenario los informes policivos, las declaraciones de los agentes y demás prueba testimonial, técnica e indiciaria, mediante la cual se logró determinar la certeza necesaria para su condena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Primera Demanda*

La censura propuesta a nombre de Milton Roure Cancelado por el libelista en nada se relaciona con los fundamentos expuestos para su demos

tración, en la medida que aun cuando invoca un error en la apreciación de las pruebas –distorsión o tergiversación– termina planteando que su representado no tuvo ninguna participación en los hechos endilgados y que sólo habría contribuido de manera indirecta por encontrarse en el timón de la motocicleta de su propiedad, por lo que en su condición de cómplice se haría merecedor de los beneficios contemplados en el artículo 24 del Código Penal.

Varios reparos merece el reproche así formulado el cual, desde un principio, no cumple con los lineamientos técnicos de la causal aducida.

En efecto, el falso juicio de identidad se presenta cuando el juzgador tergiversa o distorsiona objetivamente el significado de la prueba haciéndole producir efectos contrarios a su contenido o lo que es lo mismo, cuando el fallador altera la verdad haciéndole decir a un medio lo que en realidad no dice.

Sin embargo cuando se formula este tipo de reparos es necesario que el libelista compare el contenido de la prueba con lo manifestado al respecto en la sentencia para demostrar la supuesta equivocación del juzgador y su incidencia en el fallo, de tal manera que resulte ineludible arribar a la conclusión que de no haberse cometido el yerro, otra hubiera sido la decisión adoptada.

No resulta admisible, en cambio, acudir a personales elucubraciones para demostrar el enfrentamiento de criterios entre el contenido del fallo y la postura del censor, como sucede en este caso, sino que es necesario presentar fundamentos técnico-jurídicos demostrativos de la ilegalidad que se cuestiona, así como de las normas que resultaron vulneradas a consecuencia de la equivocación endilgada.

El casacionista consideró suficiente anunciar una tergiversación o distorsión del "sentido de la prueba" y de ello inferir que como la intervención de Milton Roure Cancelado en los hechos se limitó a conducir la motocicleta –en la que una vez perpetrados los hechos procedieron a huir–, agregamos, debe ser tenido como cómplice y no como coautor.

Pero no se ocupó, como debió hacerlo, de individualizar los elementos de juicio supuestamente distorsionados ni mucho menos de analizar o desvirtuar los aspectos en los cuales se respaldó el fallador para llegar a la conclusión de que este procesado así como los demás, debía responder como coautor de las conductas imputadas.

En otras palabras, si en los casos de participación criminal es necesario señalar el grado de contribución de cada uno de los intervinientes a efectos de determinar la punibilidad, tal como se hizo en el fallo atacado, era su deber desquiciar los elementos sobre los cuales el Tribunal Superior de Bogotá encontró que se estaba frente al fenómeno de la coautoría y acto seguido evidenciar por qué los elementos probatorios que califica como

distorsionados, pero que omitió mencionar, en una correcta apreciación demostraban que efectivamente Milton Roure Cancelado actuó como cómplice para lo cual era necesario demostrar además que su comportamiento se limitaba a favorecer un hecho ajeno y, por ende, la ausencia del dominio del hecho, elementos estos que son propios de la participación criminal en la modalidad de complicidad.

Nótese que ninguno de los argumentos integrantes de la censura toca en lo más mínimo con los planteamientos del Tribunal, que al respecto razonó:

"Demostrado como se halla que en un mismo contexto de acción los tres acusados desplegaron los comportamientos que se conocen y que los realizaron previo acuerdo dada la forma coordinada como dieron curso a la actividad criminal y las condiciones en que llegaron a desarrollar el plan, provistos de armas de fuego, dispuestos a lograr el objetivo propuesto, el punto toca directamente con la naturaleza de la coautoría, cuestionada por el recurrente. Es evidente que cuando varios individuos van tras la consecución de la meta colectivamente preestablecida, tal y como doctrinal y jurisprudencialmente se ha aceptado en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal con consciente y voluntaria división del trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, porque están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable. Si a esa empresa criminal van armados porque admiten que se les pueda oponer resistencia, o porque pretenden intimidar con el uso de las armas y como consecuencia de ello se producen lesiones u homicidio, todos serán coautores del hurto y de los atentados contra la vida y la integridad personal, aun cuando no todos hayan llevado o utilizado armas, porque todos participaron en el designio común, del cual podían surgir esos resultados, que se aceptaron como probables desde el momento mismo en que actuaron en esa empresa" (fol. 18, cdno Tribunal).

En el marco de los anteriores parámetros y a parte de las insubsanables fallas ya resaltadas, encuentra la Sala en la argumentación de la demanda, notorias inconsistencias que no se pueden dejar en el aire y respecto las cuales se hace necesario aclarar lo siguiente:

En tratándose de la participación criminal se parte del supuesto que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan íntegralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan.

Frente a ese panorama no resulta indispensable que cada interviniente realice totalmente el hecho, como tampoco se puede responsabilizar a cada partícipe por la fracción del hecho realizada, tal como lo sugiere el libelista, porque la figura en estudio no tendría ninguna razón de ser.

Por ello cuando el censor afirma que el procesado Milton Roure Cancelado no tuvo ninguna participación en los reatos de Homicidio y Porte Ilegal de Armas y que sólo contribuyó de manera indirecta a su realización, deja de lado todas las circunstancias que rodearon el hecho y que ponen al descubierto el acuerdo previo que los llevó a actuar en forma coordinada, interceptando a sus víctimas aduciendo una identidad falsa, intimidándolos con armas, para luego proceder a la fuga una vez perpetrado el hecho. Todo ello es indicativo del plan mancomunado dirigido a la realización del hecho colectivo y por ende de la responsabilidad de los procesados frente a las conductas típicas ejecutadas.

Como respaldo de lo que se viene diciendo vale la pena traer a colación el conocimiento que se tuvo de otro asunto, cuyas diligencias fueron enviadas al Juez Penal Municipal -Reparto- en razón de la cuantía, el cual fue perpetrado por los aquí procesados momentos antes de los que aquí son materia de estudio, en similares circunstancias, cuando despojaron de sus pertenencias a los pasajeros de un colectivo y que según la denuncia instaurada por su conductor Luis Hernán López Pérez es fácil advertir que el proceder de los encartados resulta bastante similar al utilizado en los hechos que aquí nos ocupan, pues los tres se movilizaban en la misma motocicleta, adujeron ser miembros del F2 e intimidaron con armas a sus víctimas para despojarlas de los bienes que llevaban consigo.

En razón a los reparos formulados, la improsperidad del cargo se hace evidente.

2. *Segunda Demanda.*

El libelo presentado a nombre de Francisco Laudelino Cancelado también adolece de insalvables fallas técnicas, tanto en lo que concierne a la formulación del cargo, como a su demostración.

Ha señalado esta Corporación en innumerables oportunidades, que cuando se alega violación indirecta de la ley es necesario que el censor concrete en forma clara y precisa los yerros contenidos en la sentencia indicando la prueba supuestamente distorsionada y su incidencia en el fallo, de acuerdo con los lineamientos técnicos que exige esta precisa censura y que ya fueron resaltados en precedencia.

En una postura totalmente extraña a la que se ha venido puntualizando, el demandante encaminó su censura a la demostración del yerro mediante la presentación de su personal punto de vista sobre una fracción de las pruebas que sirvieron de sustento a la sentencia cuestionada,

con lo cual, infructuosamente, busca desvirtuar la responsabilidad que a título de autor le fue atribuida a este procesado y acreditar la existencia de una supuesta duda probatoria.

El cargo así planteado infortunadamente conlleva a que el pronunciamiento de la Corte se limite a los varios reparos que éste merece y no a ocuparse del punto central de la discusión, en virtud del principio de limitación que gobierna el recurso.

En efecto, en esta oportunidad intenta el libelista hacer recaer el yerro en la diligencia de reconocimiento en fila de personas efectuada por el denunciante Oscar Ricardo Sánchez, hijo del aquí occiso Julio Roberto Sánchez Florian porque pudo ver a los procesado en la Estación de Policía cuando estuvieron retenidos allí temporalmente, además de otros "errores" que no menciona.

El reparo que se hace a esta prueba es tan vago e impreciso, que deja a la Corte sin saber en qué consistió la supuesta distorsión y su incidencia en el fallo, para lo cual era absolutamente indispensable desquiciar los demás elementos de prueba aportados al proceso.

Pero además, como atinadamente lo refirió la Procuraduría en su concepto, no constituye argumento válido para controvertir la prueba el hecho que el denunciante hubiera visto a los procesados en la estación de policía, máxime cuando tal circunstancia quedó consignada en el informe rendido por los uniformados, ni cuando sugiere la existencia de errores en su práctica porque la misma se llevó a cabo respetando los parámetros legales, (art. 368 del C. de P.P.).

De otro lado es necesario tener en cuenta que la diligencia de reconocimiento en fila de personas no es por sí misma una prueba autónoma y como parte del testimonio se integran al conjunto probatorio que, como sucedió en este caso, ayudó a determinar la responsabilidad de los encartados y que frente a la vacuidad de los argumentos propuestos por el libelista mantienen incólume el fallo de condena.

Tampoco respeta las directrices del recurso el hecho de lanzar simples afirmaciones sin ningún sustento sólido, como cuando asegura que las armas no fueron encontradas en poder de sus representados sino que estaban en el suelo.

Más remotas se tornan aún las posibilidades de prosperar este libelo, al pretender que sobre la base de tan escasa argumentación se absuelva a los encartados con base en el principio del *in dubio* pro reo, cuando ni siquiera se tomó la molestia de señalar qué clase de duda es la que se presenta en este caso, ni las pruebas que dieron origen a ella y que a su modo de ver hacen indispensable su aplicación.

El cargo en estas condiciones, no puede prosperar.

3. *Tercera Demanda*

Los mismos argumentos pueden predicarse respecto del libelo presentado a nombre del procesado Franklin Malagón, sólo que la censura en este caso se torna aún más confusa porque el censor, no obstante que enuncia un falso juicio de identidad como fundamento de su cargo, asegura, a renglón seguido, que "No existe en el informativo un reconocimiento hecho en tal sentido" (refiriéndose a la autoría a él imputada), postura que se acomoda más a los postulados de un falso juicio de existencia que a verificar la distorsión de prueba alguna, lo cual va en detrimento del principio de no contradicción.

El cargo en consecuencia, no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cúmplase

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Santiago Beracasa Hoyer (Conjuez).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO-Permisos carcelarios

El beneficio administrativo de permiso hasta 72 horas previsto en el artículo 147 de la ley 65 de 1993, estaba establecido sólo a favor de condenados, situación que no se da en el presente asunto, en razón a que la sentencia aún no se encuentra en firme, por estar cursando el recurso extraordinario de casación.

El Gobierno Nacional con fecha 12 de junio de 1997, expidió el decreto 1542, publicado en el Diario Oficial No. 43.061 de los mismos, "Por el cual se dictan medidas en desarrollo de la ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", y en el artículo 5° establece que "Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, a cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados" (Negrillas fuera de texto).

Es entendido entonces que el citado beneficio administrativo podrá ser concedido por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, también en favor de quienes se hallen condenados en instancias, sin que la sentencia respectiva se encuentre en firme, desde luego que sólo en los casos en que se cumplan las condiciones previstas en dicho artículo 147 de la ley 65 de 1993.

Una de ellas consiste en que el peticionario se halle en "fase de mediana seguridad", que según el inciso 3° del artículo 5° del decreto 1542 ya mencionado, se entiende cuando el recluso haya superado la tercera parte de la pena impuesta y "observado buena conducta de conformidad con el concepto que al respecto rinda el Consejo de Evaluación".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 12783

Aprobado Acta No. 65

ASUNTO

Aportados documentos a que se refiere el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, los cuales fueran solicitados por auto de 14 de abril del año en curso, entra la Corte a pronunciarse sobre la petición del procesado Jorge Hebert Conde, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de esta ciudad, en orden a establecer si tiene derecho a tramitar permiso administrativo de 72 horas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El beneficio administrativo de permiso hasta 72 horas previsto en el artículo 147 de la ley 65 de 1993, estaba establecido sólo a favor de condenados, situación que no se da en el presente asunto, en razón a que la sentencia aún no se encuentra en firme, por estar cursando el recurso extraordinario de casación.

El Gobierno Nacional con fecha 12 de junio de 1997, expidió el decreto 1542, publicado en el Diario Oficial No. 43.061 de los mismos, "Por el cual se dictan medidas en desarrollo de la ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", y en el artículo 5° establece que "Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, **o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente**, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados" (Negrillas fuera de texto).

Es entendido entonces que el citado beneficio administrativo podrá ser concedido por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, también en favor de quienes se hallen condenados en instancias, sin que la sentencia respectiva se encuentre en firme, desde luego que sólo en los casos en que se cumplan las condiciones previstas en dicho artículo 147 de la ley 65 de 1993.

Una de ellas consiste en que el peticionario se halle en "fase de mediana seguridad", que según el inciso 3° del artículo 5° del decreto 1542 ya mencionado, se entiende cuando el recluso haya superado la tercera parte de la pena impuesta y "observado buena conducta de conformidad con el concepto que al respecto rinda el Consejo de Evaluación".

Corresponde en este caso concreto a la Corte pronunciarse de manera provisional y sólo para dicho efecto, sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho Jorge Hebert Conde por las labores realizadas durante el tiempo en detención, pues sólo de esa manera podrá acreditar ante las autoridades carcelarias el cumplimiento del referido requisito objetivo, siendo claro que la concesión o negativa del beneficio administrativo corresponde exclusivamente a la Dirección penitenciaria, en la forma y bajo las condiciones señaladas en la preceptiva antes mencionada.

CONDE fue condenado por el Juzgado 72 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de 13 de mayo de 1996, a la pena de 12 años y 6 meses de prisión (150 meses) por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad, en fallo de 8 de agosto siguiente, providencia que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

El incriminado, cuya conducta en la Cárcel del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, ha sido calificada en forma satisfactoria, se encuentra privado de su libertad desde el 26 de marzo de 1995, de manera que hasta el momento actual cumple en detención 37 meses y 10 días; por trabajo acredita 1.968 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la ley 65 de 1993 le representan una redención de pena de 10 meses y 10 días, factores que arrojan un acumulado de 47 meses y 20 días, distante de la tercera parte de la pena impuesta en los fallos de instancia, equivalente, en su caso a 50 meses.

Es de anotar que de los certificados número 1744 y 1202 de fecha 21 de agosto de 1996 y 3 de junio de 1997, respectivamente, expedidos por la Cárcel del Distrito Judicial "La Modelo" de esta ciudad, no se tuvo en cuenta los días domingos y festivos, por cuanto dicho establecimiento carcelario no dió cumplimiento a lo previsto por el artículo 100 de la ley 65 de 1993.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de reconocer al procesado Jorge Hebert Conde redención de pena por trabajo para los fines previstos por el artículo 147 de la ley 65 de 1993.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA/
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

Una cosa es cercenar o incrementar materialmente el contenido de la prueba y, conforme con esa distorsión inicial, derivarle una significación que le es extraña; pero algo diferente es tomar el medio probatorio en toda su entidad fáctica mas no valorarlo racionalmente o suponer una conclusión probatoria con un fundamento empírico, lógico o científico como mero pretexto o que en realidad no emerge del material probatorio. En palabras de ejemplo, la primera modalidad se refiere al caso en que el juez afirma en la sentencia que el testigo X asevera que vio al sindicado en el lugar de los hechos, cuando aquél apenas informa que le parece haber visto una persona de rasgos similares; o si el mismo deponente sostiene que, inmediatamente después de los hechos, el procesado corría y fue sorprendido con un revólver en la mano, pero el funcionario judicial expresa en la sentencia que el testimoniante dijo que vio simplemente cuando el imputado caminaba rápido y que otro individuo era el que corría con un arma en la mano. La segunda modalidad del falso juicio de identidad surge cuando, en el primer caso, el juez declara que, en virtud de las palabras no controvertidas de X, sin duda el autor del homicidio fue el sindicado, pero ha prescindido de cualquier examen empírico y lógico de las condiciones en que percibió el testigo; se le olvida la consideración del momento declarativo de la prueba; omite la confrontación con otras pruebas que dicen lo contrario; soslaya razonamientos sobre la fiabilidad subjetiva del testigo, puesta en entredicho por su anterior enemistad con el sindicado; todo lo cual indica que en esa conclusión imperó la arbitrariedad y el juez abandonó completamente el método de la sana crítica de las pruebas.

Cada vez que se esgriman juicios de valor para sustentar la confiabilidad de las pruebas, sin duda podrán sobreponerse otros elementos que la imaginación o la realidad muestran como igualmente plausibles; pero, como lo que se busca en sede de casación es proteger la legalidad sustancial y formal de las sentencias, y no de propiciar una cadena interminable de valoraciones que en esa mera calidad procuran el predominio, es indispensable evidenciar la irracionalidad de lo que hizo el juez en materia probatoria.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10949

Aprobado Acta No. 65

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Félix Ramón Ochoa Estrada, en relación con la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual se confirma la condena impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo (Casanare), en desarrollo de una acusación por el delito de homicidio cuya víctima fue el señor José Antonio Fernández Zambrano.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Enseña el proceso que el día ocho (8) de febrero de 1987, José Antonio Fernández Zambrano compartía con algunos amigos e ingería cerveza en la cantina de propiedad de su hermana Senobia Fernández de Silva, situada en la parte donde más se concentra la población del corregimiento La Chapa, jurisdicción del municipio Hato Corozal, departamento de Casanare. Aproximadamente a las 5 de la tarde, se acercó al mismo establecimiento público el señor Félix Ramón Ochoa Estrada, quien antes había tenido disputas de tierra con el primero, a pesar de lo cual departieron amistosamente porque aparentemente las relaciones ya se habían restablecido, y de pronto el último quiso salir hacia su vivienda en la zona retirada del poblado, mas su contertulio le insistió para que escanciaran otra cerveza y le prometió que después se retirarían juntos. No hubo resistencia a la propuesta amigable, continuó el regocijo y el diálogo con otros lugareños, y de un momento a otro los dos protagonistas resultan enfrentados con armas de fuego cortas. Cuando ambos resultaron gravemente heridos, José Antonio Fernández salió en carrera del local, pero Félix Ramón Ochoa lo persiguió y le propinó otros dos disparos por la espalda.

Se tiene establecido que José Antonio Fernández Zambrano falleció como consecuencia de un shock hipovolémico producido por tres (3) heridas de arma de fuego, mientras que Félix Ramón Ochoa Estrada fue impactado por un solo proyectil que penetró en su cuello, desgarró el lóbulo derecho de la tiroides, seccionó la arteria carótida derecha y evidenció algunas secuelas secundarias a un proceso de isquemia, mas de ellas sólo persistió una leve hemiparesia facial del lado izquierdo.

Tal como era autorizado para la época de los hechos y durante el período de su dilatada composición, el sumario lo comenzó el Juzgado Promis-

cuo Municipal de Hato Corozal, después continuaron las diligencias en el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Ambulante del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y, finalmente, avocó la investigación el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal radicado en Paz de Ariporo. El imputado fue recibido en indagatoria el día 13 de marzo de 1987 y, por medio de auto fechado el 18 de marzo siguiente, se ordenó la detención sin excarcelación (fs. 62-67 y 73-83). El instructor, según lo consignado en el auto del 30 de julio de 1987, dispuso la libertad provisional del detenido por vencimiento de términos sin calificar el mérito del sumario, de conformidad con el numeral 4° del artículo 439 del Decreto 050 de 1987 -anterior Código de Procedimiento Penal- (fs. 124).

Legalmente dispuesto el auto de cierre de investigación, se produjo la calificación sumarial por el Juez Noveno de Instrucción Criminal, según interlocutorio fechado el 2 de noviembre de 1990, por cuyo medio se dictó resolución acusatoria en contra del sindicado Ochoa Estrada, como autor del delito de homicidio, decisión que quedó en firme el 12 de diciembre del mismo año (fs. 183, 188-197, 204 vto. y 206). Como en el mismo auto se revocó la excarcelación antes concedida, la privación de la libertad se hizo efectiva a partir del 5 de diciembre de 1990, fecha en la cual se presentó el procesado a recibir notificación personal de la resolución de acusación (fs. 202).

En el auto del 29 de octubre de 1991, el entonces Juzgado Superior de Yopal (Casanare) ordenó la libertad provisional del detenido, por mediar más de seis (6) meses sin poder celebrar la audiencia pública, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, de acuerdo con el numeral 5° del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (fs. 248).

Por factor territorial asumió conocimiento el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo, despacho que evacuó la vista pública y dictó sentencia el 19 de enero de 1995, decisión por cuyo mérito condenó al acusado a la pena principal de diez (10) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, conforme con las previsiones del artículo 323 del Código Penal, sin la reforma introducida por la ley 40 de 1993. En el mismo fallo, el juez niega el subrogado de la condena de ejecución condicional y le impone al procesado la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados, en cuantía equivalente al valor de seiscientos (600) gramos oro, en favor de la viuda Olivia Girón de Fernández (fs. 290-318).

En virtud del recurso de apelación intentado por el defensor, se pronunció en segunda instancia el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, según sentencia fechada el 15 de mayo de 1995, por medio de la cual confirma lo decidido por el *a quo*, mas aclara que la pena accesoria se cumplirá una vez satisfecha la sanción privativa de la libertad, y no simultánea-

mente como se había ordenado por el juez (fs. 13-27, cuaderno del Tribunal).

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El actor presenta como único cargo en contra de la sentencia la "violación indirecta de una norma de derecho sustancial, nacida de un error de hecho por falso juicio de identidad". Destaca que en la decisión de grado se ha infringido indirectamente el artículo 60 del Código Penal, en relación con el artículo 323 del mismo estatuto, debido a que el fallador apreció erróneamente la prueba, tras distorsionarla en su significación objetiva, pues "le dio un contenido distinto del que realmente tiene...".

Para sustentar la impugnación, el censor se duele de que indebidamente las determinaciones de instancia le hayan otorgado crédito al testimonio de Eduardo Berroterán Fernández, en cambio de manera simultánea niegan esa fuerza persuasiva a los testigos Camilo Abril Abril y Santos Abril. En efecto, para la defensa el primer testimoniante, acogido por el *ad quem*, es sospechoso no sólo por su parentesco con la víctima, sino también porque negó deliberadamente dicha relación y ello "lo convierte en sujeto interesado en engañar a la justicia contrariamente a lo que pensó y afirmó el Tribunal".

En cuanto al segundo testigo, dice el recurrente que concita mayor fiabilidad porque se trata de un hombre maduro y reposado, amigo de ambos protagonistas y sin ninguna familiaridad con ellos, quien además acababa de llegar a la tienda y disfrutaba de pleno juicio para sus percepciones, razón por la cual observó todos los episodios de principio a fin, así los evocó en su declaración, detallando hechos tan importantes como la situación anatómica de las heridas de los dos contrincantes, y sobre todo, porque el relato de dicho testimoniante es corroborado por el tercer deponente citado, con quien no lo unen vínculos familiares, básicamente en lo que tiene que ver con la injuria lanzada por el occiso al victimario antes del fatal desenlace. El señor Santos Abril, además, da muestras de imparcialidad cuando, sin tratar de favorecer a nadie, se refiere a los dos disparos que Ochoa le propinó a Fernández por la espalda.

De modo que, de acuerdo con el testimonio de Camilo Abril Abril, el señor Fernández Zambrano no sólo le causó primero "ofensa al honor materno" del sindicado, cuando le dijo: "es para que no sean hijue...", sino que también tomó la iniciativa para esgrimir y disparar su pistola. Este entendimiento de la prueba, junto a variadas glosas positivas o negativas sobre los testimonios, le sirven al recurrente para proponer la siguiente conclusión:

"Entonces, conforme a (sic) la mejor prueba, entendiendo los hechos en toda su dimensión y valorando la prueba en toda su connotación obje

tiva, tenemos que el occiso el día y momento de los hechos injurió al sindicado para luego agredirlo con arma de fuego y causarle serias y graves heridas, frente a lo cual reaccionó el hoy procesado y que ese ataque al honor materno ya de por sí constituye una ofensa grave que se aumenta con la agresión a la integridad física y a la vida como bienes jurídicos tutelados, lo cual no sólo incrementa la gravedad de la provocación agresiva sino que la hace ostensiblemente injusta y lo cual necesariamente produce en cualquier ser humano no sólo un estado de dolor sino también de ira frente al ataque provocador y lesionador y en virtud del cual se reacciona, existiendo una relación íntima de causa a efecto".

Finalmente, como concreción jurídica de su tesis, el impugnante afirma:

"Se dieron así todos los requisitos legales y extralegales contenidos en el art. 60 del C. P. y si los juzgadores hubiesen valorado la prueba en su integridad y en toda su dimensión, habrían aceptado y reconocido la existencia de la atenuante alegada. Pero como no lo hicieron violaron indirectamente los artículos 323 y 60 del C. P. Por ello las dos sentencias son inequitativas e injustas y su contenido y alcance jurídico es ilegal. En consecuencia, el cargo debe prosperar y casarse las sentencias atacadas extraordinariamente".

Agrega que el fallo de reemplazo debe dictarse dentro de los parámetros punitivos de los artículos 323 y 60 del Código Penal, normas sustanciales que resultaron indirectamente violadas por la equivocada estimación probatoria.

Concepto del Procurador

Interviene en este caso el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y aduce que la demanda, *ab initio*, carece de una individualización del sentido de la presunta transgresión de los preceptos sustanciales, pues debió "especificar el falso juicio de selección de la norma como le era exigible", omisión que en su sentir afecta la proposición completa del cargo.

Si el error por falso juicio de identidad consiste en el falseamiento del contenido fáctico de la prueba, de tal manera que la irregularidad salta de bulto en la mera confrontación de las palabras del fallo y el tenor de los medios de convicción, no es ésta la falencia que se demuestra en el desenvolvimiento del cargo, pues el actor se ocupa de esbozar un análisis alternativo de la prueba, centrando el ataque en su inconformidad por el no reconocimiento de la diminuente punitiva, pretensión por la que también propugnó sin éxito en el devenir de las instancias.

Se le olvida al censor que no es procedente revivir esta clase de debates probatorios en el curso de la impugnación extraordinaria, pues lo impide la prevalencia de los juicios críticos del juez, debido a esa doble presun-

ción de acierto y legalidad que ampara las sentencias de grado y que de todos modos el recurrente no logra desvirtuar con lo que exhibe en la demanda.

El Procurador Delegado destaca que dentro del examen conjunto del acopio probatorio, el fallador no estaba obligado a acoger todas las afirmaciones de los testigos, por ello razonablemente se rechazaron algunas que contenían imprecisiones o incongruencias y, por este método, quedaron descalificadas las apreciaciones probatorias reivindicadas por el demandante en las instancias y que ahora sólo aparecen como mera reiteración.

Ahora bien, en cuanto a algunos señalamientos concretos de la demanda, la Delegada considera lo siguiente:

El testigo Eduardo Berroterán Fernández, antes que ocultar el parentesco con la víctima y el procesado, lo puso de presente en el curso de la declaración cuando se refiere a ellos como sus "primos", y así lo reconoce el propio demandante, razón por la cual "dicha circunstancia en nada afecta la objetividad de su relato".

La sentencia advierte que las precisiones de la necropsia corroboran la materialidad de aquel testimonio de cargo, en el sentido de que el cadáver presentaba una laceración en la mano izquierda, dato que persuade al Tribunal de la seriedad de aquella prueba testimonial, pues el deponente indicó que el señor Fernández Zambrano levantó ese miembro superior cuando el agresor se dispuso a dispararle por primera vez. En lo que atañe a esta confirmación, expone la Delegada, no importa admitir que la misma constancia no quedó consignada en el acta de levantamiento del cadáver, al fin y al cabo esta primera observación se orientó a describir los objetos que portaba la víctima y no las heridas, y además, lo que el Tribunal resalta es la coincidencia de las dos pruebas, pero en manera que el testigo se haya referido específicamente a una herida en ese lugar, cuestión que por su forma no influye en la veracidad de aquél.

El proponente quiere hacerle producir ciertos efectos al testimonio de la señora Senobia Fernández de Silva, en cuanto ésta alude a una pausa prolongada en el funcionamiento del aparato musical y que dicha circunstancia favoreció la audición de los dos testigos que favorecen la posición de aquél; pero, de igual manera, replica el Ministerio Público, el mismo factor le daría verosimilitud a las atestaciones del señor Berroterán Fernández, quien expresa que el procesado dijo: "... si es que nos vamos a matar matémonos de una vez y de una vez le hizo el primer disparo..." (fs. 15, cuaderno principal).

Por lo que se refiere a la negación de valor persuasivo a los testimonios de Santos y Camilo Abril, otra de las inquietudes de la demanda, el Procurador dice que ella es fruto de un análisis conjunto de la prueba emprendido por el Tribunal, que se ofrece de la siguiente manera:

Si bien el testigo Camilo Abril Abril aseveró al comienzo de su declaración que el señor Fernández Zambrano se dirigió en términos soeces al procesado Ochoa Estrada (fs. 53), dicha afirmación no puede validarse porque es contraria a lo expresado por éste en su indagatoria. También ocurre que, de la simple lectura de aquel medio de prueba, se extraen las marcadas contradicciones que caracterizan el relato, pues en su curso salían expresiones tales como: "...No señor no se habían dicho nada, ni se habían amenazado nada... Yo no oí nada, ellos sí estaban hablando pero no se oía nada... Esa era la charla que tenían afuera de la cantina, pero en la cantina siguieron hablando y no se oía nada, porque la música no dejaba oír..." (fs. 54 y 55). Esta postura narrativa del testigo, concluye el Ministerio Público, le imprime una gran incertidumbre a su declaración, en la medida en que a la primigenia manifestación afirmativa reiteradamente le sobrepone negaciones de la misma.

Algo más observa el Procurador: como el declarante admite que desde su posición apenas podía observar a Fernández Zambrano y no a Ochoa Estrada, resulta equívoco su señalamiento en punto a que aquél exhibió primeramente el arma de fuego, tal como lo dedujo el Tribunal, "sin que sea posible inferir a partir de esa sesgada apreciación, los elementos inherentes a la aminorante de pena alegada por el casacionista, pues la agresión atribuida inicialmente al occiso, por manera se reporta en forma diáfana".

Tampoco entiende la Procuraduría por qué el testimonio de Hermín Alfonso Luengas Torres corrobora lo dicho por el señor Camilo Abril Abril, según lo alega el recurrente, cuando el propio declarante asevera que, a pesar de su cercanía a la mesa de los protagonistas y de que los vio empuñar simultáneamente sus armas, no pudo escuchar la conversación que sostenían ni tampoco se enteró quién hizo el primer disparo.

De igual manera, la desestimación del relato atribuido al señor Santos Abril tampoco obedece a una distorsión material de dicha prueba, en vista de que los improperios puestos por el testigo, pone en boca de la víctima, aparecen plenamente desvirtuados en dos momentos de la indagatoria. Mas para abundar en argumentos, si el acusado niega haber sido objeto de una agresión verbal originada en la víctima, ha de saberse que la ira o el intenso dolor son "sentimientos subjetivos que corresponden individualmente a cada persona, su exteriorización y cuantificación corresponde única y exclusivamente a quien los padece, resultando de imposible apreciación por parte de terceros". Con base en afirmaciones contradictorias de las personas que presenciaron el suceso, no resulta lógico atender la existencia de dichos estados emocionales, máxime si "sus elementos constitutivos ni siquiera son proyectados por quien aparentemente los padeció".

Esta aminorante punitiva, reflexiona el Ministerio Público, no ha sido instituida para premiar reacciones criminales de sujetos impulsivos y violentos, que al menor estímulo le infieren daños irremediables a la sociedad, pues, por el contrario, su aplicación está supeditada a la existencia de un comportamiento provocador de la víctima, grave e injusto, elemento esencial que no se perfila en este caso. Estas características de gravedad e injusticia no son predicables de la actividad desplegada por el señor Fernández Zambrano, pues su comportamiento, *contrario sensu*, fue una reacción justificada al ataque iniciado en su contra por el acusado.

Con base en estas argumentaciones, el Procurador Delegado concluye que debe desestimarse el reproche, porque no hubo tergiversación de los medios probatorios, y, en consecuencia, propone a la Corte que no case la sentencia.

CONSIDERACIONES

Por conducto de la causal primera de casación, en la modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, el actor pretende que se rompa la sentencia impugnada y, en lugar, que se dicte otra que reconozca al procesado la atenuante por ira o intenso dolor. Aunque no precisa el sentido de la infracción del derecho material, para indicar si se trata de falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea del precepto, lo cierto es que en el recorrido dialéctico de sus juicios claramente echa de menos la activación del artículo 60 del Código Penal, en la medida en que acude a expresiones tales como que "se dejó de reconocer la diminuente punitiva consagrada en las normas sustanciales citadas".

Sin embargo, igual claridad mínima no se vierte a la hora de señalar los presuntos errores de hecho en que incurrió la sentencia, porque advierte el actor que se ha apreciado equivocadamente "la prueba, distorsionándola en su significación objetiva y real pues le dio un contenido distinto del que realmente tiene, con lo cual, se dejó de reconocer la diminuente punitiva consagrada en las normas sustanciales citadas" (fs. 37).

A partir de este señalamiento, el impugnante incurre en una confusión entre el error por tergiversación del contenido fáctico de la prueba y aquella equivocación que se comete en el intento de evaluación racional o crítica de los medios de convicción. Aunque las dos son manifestaciones del error de hecho como falso juicio de identidad, lo cierto es que persiste una diferencia radicada en el momento mismo de la consideración de la prueba, pues una cosa es cercenar o incrementar materialmente el contenido de la prueba y, conforme con esa distorsión inicial, derivarle una significación que le es extraña; pero algo diferente es tomar el medio probatorio en toda su entidad fáctica mas no valorarlo racionalmente o suponer una conclusión probatoria con un fundamento empírico, lógico o cien-

tífico como mero pretexto o que en realidad no emerge del material probatorio. En palabras de ejemplo, la primera modalidad se refiere al caso en que el juez afirma en la sentencia que el testigo X asevera que vio al sindicado en el lugar de los hechos, cuando aquél apenas informa que le parece haber visto una persona de rasgos similares; o si el mismo deponente sostiene que, inmediatamente después de los hechos, el procesado corría y fue sorprendido con un revólver en la mano, pero el funcionario judicial expresa en la sentencia que el testimontante dijo que vio simplemente cuando el imputado caminaba rápido y que otro individuo era el que corría con un arma en la mano. La segunda modalidad del falso juicio de identidad surge cuando, en el primer caso, el juez declara que, en virtud de las palabras no controvertidas de X, sin duda el autor del homicidio fue el sindicado, pero ha prescindido de cualquier examen empírico y lógico de las condiciones en que percibió el testigo; se le olvida la consideración del momento declarativo de la prueba; omite la confrontación con otras pruebas que dicen lo contrario; soslaya razonamientos sobre la fiabilidad subjetiva del testigo, puesta en entredicho por su anterior enemistad con el sindicado; todo lo cual indica que en esa conclusión imperó la arbitrariedad y el juez abandonó completamente el método de la sana crítica de las pruebas.

Después de señalar que a la prueba se le dio "un contenido distinto del que realmente tiene" (primera modalidad), el actor recurrentemente se refiere a que "se distorsionaron los hechos en su verdadera y real dimensión (primera modalidad) al disminuir el sentido objetivo de los testimonios y el demás conjunto probatorio en contravía del sentido lógico de la sana crítica" (segunda modalidad). Es decir, la demanda pone en un mismo nivel los ostensibles errores de hecho producidos al momento de la sola reseña o enunciación de la prueba en la sentencia (cortarle o adicionarle materialidad al medio), y los que tienen que ver con un paso más avanzado cual es el de decir lo que traduce o significa dicho medio probatorio por sí y en relación con los demás (valoración crítica).

Pero la distinción es de una necesidad fundamental en la demanda, porque si el actor revela los agregados fácticos o las omisiones relevantes en la presentación escueta de la prueba, que se hacen por cuenta del juzgador, dicho error puede propiciar el examen en casación, siempre y cuando se demuestre además la trascendencia de la equivocación de cara al resto del fundamento probatorio de la sentencia. Mas si la orientación del cargo es por la evaluación crítica de la prueba, la argumentación se torna más exigente, pues, si se tiene en cuenta que en nuestro medio rige la libre apreciación judicial de las pruebas, el censor tendrá que demostrar que definitivamente no hubo racionalidad sino arbitrariedad en la construcción de las premisas y la obtención del dato emergente de la inducción probatoria.

En el caso que se examina, el recurrente se dedica a hacer una presentación diferente (que no por ello deja de ser paralela) de la sinceridad o adulteración, la espontaneidad o afectación, la verosimilitud o inverosimilitud y el interés o desinterés que advierte en los testimonios de Eduardo Berroterán Fernández, Camilo y Santos Abril. Se refiere, por ejemplo, a un lazo familiar con la víctima que presuntamente oculta el primero; alude a la posibilidad de que la laceración que presentaba el cadáver en el quinto dedo de la mano izquierda hubiese tenido causa diferente a un disparo de arma de fuego; menciona el prolongado espacio de silencio que hubo en el funcionamiento del aparato musical, según expresión de la señora Senobia Fernández Zambrano, lo cual facilitaba la audición de la injuria de la víctima al victimario, de acuerdo con la expresión de los testigos de apellido Abril; arguye que esa ofensa inicial, si bien no reconocida por el acusado, pudo olvidarse por éste en razón de los trastornos neurológicos secundarios a la lesión sufrida.

Es decir, a través de detalles y otras inferencias distintas a las que le sirvieron de fundamento al fallador, el demandante busca ambientar la hipótesis explicativa de que el interfecto no sólo ofendió sino que agredió en primer lugar al procesado. Sin embargo, como el fin primordial de la casación es poner a salvo la legalidad de los juicios judiciales de interpretación y aplicación de la ley y la actividad procesal de las instancias, aquéllas no son razones suficientes para quebrar el fallo del Tribunal, porque no demuestran errores protuberantes en su construcción sino que exhiben otras apreciaciones, que de pronto podrían colocarse en la balanza de las inferencias plausibles, pero en manera alguna opacan las que hizo el fallador ni irradian fácilmente un predominio sobre ellas.

Para pretender el derrumbamiento de la sentencia por esta vía de la valoración de la prueba, es necesario demostrar un decisionismo probatorio, es decir, que el juez ha obrado por capricho o autoritarismo y no de acuerdo con la convicción empírica y racional que le tributan las pruebas. No se trata de darle pábulo a una puja por una supuesta mejor lógica o la más exquisita dialéctica en el análisis probatorio, sino de denunciar que éste no se hizo, o que lo dicho es aberrante en términos de elemental racionalidad, reglas de la experiencia o de determinaciones consolidadas en materia científica.

Cada vez que se esgriman juicios de valor para sustentar la conflabilidad de las pruebas, sin duda podrán sobreponerse otros elementos que la imaginación o la realidad muestran como igualmente plausibles; pero, como lo que se busca en sede de casación es proteger la legalidad sustancial y formal de las sentencias, y no de propiciar una cadena interminable de valoraciones que en esa mera calidad procuran el predominio, es indispensable evidenciar la irracionalidad de lo que hizo el juez en materia probatoria.

Como la jurisdiccionalidad del fallo no se ha puesto razonablemente en cuestión, pues apenas se ha intentado ilegítimamente volver sobre las apreciaciones probatorias de las instancias, no puede prosperar por esta vía el recurso extraordinario y basta señalar que el Tribunal hizo una ponderación racional en la sentencia, cuya expresión, a manera de ejemplo, es la que traen los siguientes apartados:

"Las informaciones suministradas por el señor Berroterán, encuentran plena ratificación en la necropsia, pues en esta diligencia se constató que una de las heridas se encontraba en la mano izquierda y laceró el quinto dedo en su falange próximal. Esta prueba técnica da veracidad a lo relatado por el testigo, sobre la primera detonación y demuestra, que efectivamente cuando el procesado accionó el arma, José Antonio en actitud defensiva colocó la mano y sólo después utilizó su pistola. De esta forma, la supuesta parcialidad del señor Berroterán, no incide de manera alguna en su narración, ni logra demeritarla, por el serio respaldo que encuentra en la autopsia.

"En cambio, los testimonios de Santos Abril y Camilo Abril Abril no ofrecen certeza sobre la real ocurrencia del acontecer, porque si bien estos declarantes coinciden en señalar que la conversación entre José Antonio y Félix se desarrollaba en términos cordiales, también relatan que de pronto el victimado lo trató de H. P., e inmediatamente esgrimió pistola y la disparó contra su oponente; estas manifestaciones resultan carentes de veracidad, porque no estaban en capacidad de escuchar en su totalidad lo que allí se hablaba, tal como lo reconoce Camilo al afirmar: *'Tenían una grabadora prendida... no oí nada, ellos sí estaban hablando pero no se oía nada, porque la música no dejaba oír'*. Igual circunstancia puede predicarse de Santos Abril, porque Hermín Alonso Luengas Torres, presencial del insuceso, asegura que no se captaba bien el diálogo, pues era alto el sonido musical. Por otra parte, el señor Abril no captó la secuencia completa de los hechos, pues se encontraba afuera de la tienda y desde allí, según lo admite, solamente podía ver las acciones que ejecutaba José Antonio, luego es obvio que no supo quién produjo la inicial agresión de hecho y de este modo, resulta aventurado buscar en la actividad del occiso, la ejecución del primer disparo" (cuaderno del Tribunal, fs. 19-21. El resalto pertenece al texto).

Ahora bien, existe una segunda confusión en el modo de demandar, pues, al amparo del reconocimiento de la atenuante punitiva por ira o intenso dolor, lo que se desarrolla es toda una fundamentación fáctica y jurídica de la legítima defensa.

En efecto, so pretexto de pedir una aminorante de la punibilidad, se involucra en la reflexión la causal excluyente de antijuridicidad, cuando se dice que "en la diligencia de audiencia pública el Ministerio Público solicitó se reconociera a favor del procesado la diminuente punitiva consagrada en el art. 60 del C. P. a la vez que la defensa propugnó por la tesis de

la legítima defensa de la vida plasmada en el ordinal 4° del art. 29 del C. P. Como ninguna de estas dos posturas fue aceptada en la sentencia de primera instancia, dentro del recurso de apelación se insistió sobre ellas no encontrando eco en la sentencia del Tribunal que acogió el mismo razonamiento del Juzgado en lo que respecta a la valoración racional de la prueba existente dentro del proceso, con lo cual se distorsionaron los hechos en su verdadera y real dimensión al disminuir el sentido objetivo de los testimonios y el demás conjunto probatorio en contravía del sentido lógico de la sana crítica" (fs. 38. Se ha subrayado). Como se ve, no se trata de un simple lamento histórico sino del señalamiento preciso de que, como el Tribunal prohijó la valoración probatoria hecha por el *a quo*, entonces se ha incurrido en el error de hecho que se quiere reivindicar en esta sede, equivocación que, como se dice en la introducción del respectivo párrafo, se refiere no sólo a la atenuante por ira o intenso dolor sino también a la legítima defensa.

Pero la perplejidad sobre lo que realmente se quiere discutir en el recurso extraordinario persiste hasta el final, porque el actor ensaya como conclusión la siguiente:

"Entonces, conforme a (sic) la mejor prueba, entendiendo los hechos en toda su dimensión y valorando la prueba en toda su connotación objetiva, tenemos que el occiso el día y momento de los hechos injurió al sindicado para luego agredirlo con arma de fuego y causarle serias y graves heridas, frente a los cual reaccionó el hoy procesado y que ese ataque al honor materno ya de por sí constituye una ofensa grave que se aumenta con la agresión a la integridad física y a la vida como bienes jurídicos tutelados, lo cual no sólo incrementa la gravedad de la provocación agresiva sino que la hace ostensiblemente injusta y lo cual necesariamente produce en cualquier ser humano no sólo un estado de dolor sino también de ira frente al ataque provocador y lesionador y en virtud del cual se reacciona, existiendo una relación íntima de causa a efecto" (fs. 45 y 46, énfasis añadido).

Aunque finalmente sólo se cita el artículo 60 del Código Penal, la verdad es que toda la motivación, más allá de una provocación grave e injusta que demandaría la atenuación de la pena, se endereza a la causal de justificación que por obvia consecuencia, así no lo diga expresamente el actor, implicaría la absolución. Repárese que el censor no se contenta con decir que hubo una "ofensa" sino que pregona la existencia de una "agresión a la integridad física y a la vida como bienes jurídicos tutelados"; se predica de la provocación, y también de la agresión, que es "ostensiblemente injusta"; y, por último, el demandante alude a una "reacción" del procesado, la cual se sobrentiende "justificada", frente al hecho de que la injuria y el acometimiento se califican previamente de graves e injustos. Por el mismo contexto de presentación de los hechos, el recurrente entien-

de y sugiere que su defendido se vio enfrentado además a una agresión actual.

Así pues, el demandante vacila entre hacer valer el insulto o la agresión física a los bienes jurídicos de la integridad física y la vida. El primero de los comportamientos sería una mera provocación que, si reúne los demás requisitos, sólo daría lugar a la atenuante de culpabilidad y punibilidad. La segunda actitud, cuando se rodea hipotéticamente de las demás condiciones que le pone el actor, apunta a argumentar una legítima defensa que, entendida como causal dirimente de la antijuridicidad, derivaría en una sentencia absolutoria. La ofensa y la agresión pueden configurar actos antijurídicos, pero si la conducta avanza hasta poner en peligro concreto y directo un bien jurídico propio o ajeno, y ello efectivamente ocurre, la discusión sobre una eventual diminuente de pena (art. 60 C. P.) quedaría absorbida o superada por otra de mayor trascendencia que es la defensa justa como causa que elimina la responsabilidad (idem, art. 29-4).

De manera que el planteamiento simultáneo de la atenuante de pena (art. 60) y la causal de justificación (art. 29-4) envuelve una contradicción, dado que la primera supone la aceptación de responsabilidad penal, así sea atenuada, mientras que la segunda comporta una negación de la misma. He ahí una razón adicional para rechazar el cargo planteado.

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:

NO CASAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA

La indagatoria de (...) fue recibida por la Fiscalía la madrugada del 27 de julio de 1993, asistido por una persona de reconocida honorabilidad, en vigencia del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal.

Como lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Estatuto de la Administración de Justicia) y ha venido señalando la Sala, entre otras providencias en la citada en el concepto de la Procuraduría Delegada y en la de fecha 25 de julio de 1996, ponente quien ahora realiza igual función, la sentencia de la Corte Constitucional C-049 del 8 de febrero de 1996 (M. P. doctor FABIO MORON DIAZ), que declaró la inexequibilidad del inciso mencionado, sólo produce efectos hacia el futuro, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de la facultad claramente conferida por el expreso precepto legal vigente en el momento de su realización.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 11053

Aprobado Acta No. 65

Asunto

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en representación del condenado Jorge Elíécer Montoya Moyano, contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio que lo condenó por homicidio, lesiones personales y acceso carnal abusivo.

Hechos

1° La noche del 26 de junio de 1993, en inmediaciones del establecimiento comercial "Don King", barrio La Grama de Villavicencio, se presentó una riña entre dos grupos de jóvenes, en cuyo desarrollo Jorge Elíécer Montoya Moyano, apodado "Gemelo", hirió con una navaja a Carlos Alberto López Rojas, generándole incapacidad definitiva de 35 días y deformidad

física permanente por cicatrices en las regiones lumbar y abdominal. Luego pasó el arma al menor Carlos Alberto Restrepo, quien le asestó varios navajazos en el tórax a Daniel Enrique Gilberto López Nieto, causándole la muerte.

2° Con anterioridad y también en Villavicencio, los días 24 y 28 de diciembre de 1992, la primera fecha Jorge Eliécer Montoya Moyanosolo y luego con Fredy Moreno Méndez y dos menores, habían accedido carnalmente a la niña Blanca Inilda Carvajal Moreno, que entonces tenía doce años de edad.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía 18 Permanente de Villavicencio abrió investigación, oyó en indagatoria a Jorge Eliécer Montoya Moyano y la Fiscalía Cuarta de la Unidad Especializada de Vida de la misma ciudad le resolvió la situación jurídica, después de remitirse a la jurisdicción correspondiente lo relacionado con el menor Carlos Alberto Restrepo.

Cerrada la instrucción y vencido el traslado respectivo, el 10 de noviembre de 1993 dicha Fiscalía Cuarta profirió resolución de acusación contra Montoya Moyano, ejecutoriada el 23 de los mismos, como autor de lesiones personales y cómplice de homicidio simple, en concurso de delitos previstos en los artículos 323 y 333 del Código Penal (fs. 270 y ss., cd. 1).

Correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio iniciar el juicio, pero remitió el expediente a su homólogo Tercero, que decretó la acumulación con el que allí cursaba, sobre instrucción iniciada por la Fiscalía Quince de la Unidad de Previas y Permanente de dicha ciudad y calificada, luego de las actuaciones de rigor, con resolución de acusación proferida el 2 de junio de 1993 por la Fiscalía Séptima Seccional, ejecutoriada el 11 de los mismos (fs. 182 y Ss., cd. 2), contra Jorge Eliécer Montoya Moyano y Fredy Moreno Méndez, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (arts. 304 D. 100/80), para el primero en concurso con acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 303 ib.), con la agravación de la pluralidad de autores (art. 306-1 ib.).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, con fecha 19 de octubre de 1994, condenó a Jorge Eliécer Montoya Moyano a 15 años y 6 meses de prisión, como cómplice de homicidio simple y autor de lesiones personales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado; y a Fredy Moreno Méndez a 16 meses de prisión por el delito agravado de corrupción (arts. 305 y 306-1 D. 100/80), al asumirse que su relación había sido oral. A ambos impuso interdicción de derechos y funciones públicas (10 años al primero y el mismo tiempo de la pena principal al segundo) y los condenó al pago de diversas equivalen-

cias en gramos oro, para indemnizar los perjuicios derivados de los hechos punibles que cada uno cometió (fs. 460 y Ss., cd. 1). Además, concedió la ejecución condicional de la condena únicamente a favor de Fredy Moreno Méndez y ordenó compulsar copias para investigación separada en el Juzgado Promiscuo de Familia.

Interpuesta y sustentada apelación contra el fallo por el defensor de Montoya Moyano, el Tribunal Superior de dicho distrito judicial lo confirmó, el 16 de mayo de 1995. Decisión recurrida en casación por Jorge Eliécer Montoya Moyano y su representante judicial, en lo concerniente al homicidio y las lesiones personales.

La Demanda

Al amparo de la causales tercera y primera de casación, el defensor formula los cargos al fallo impugnado así:

1° Nulidad por violación del derecho de defensa técnica a partir del 27 de junio de 1993, cuando el procesado fue oído en indagatoria asistido por una persona que no poseía la calidad de abogado, situación que se extendió hasta el 10 de septiembre el mismo año, cuando confirió el correspondiente poder, con lo cual se le privó de un debido proceso.

Cita en respaldo sendos pronunciamientos de la Corte Constitucional ("acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 374 del Decreto-Ley 2550 de 1988, Código Penal Militar") y de esta corporación (sentencia de casación de mayo 9 de 1995, rad. 8937, ponencia de los doctores Guillermo Duque Ruiz y Carlos E. Mejía Escobar).

2° Violación indirecta por falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, ya que hay "dos versiones antagónicas sobre la identidad de la persona que entregó el arma al homicida, duda razonable que no se logra despejar y que hacía imperante la aplicación de la precitada disposición".

Existe error de hecho, por falso juicio de identidad, toda vez que se le dio a las declaraciones de Pablo Antonio Manrique Rodríquez, Luis Eduardo Manrique Rodríguez, Carlos Alberto López Rojas, Oscar Enrique Veloza y los agentes de Policía Rafael Angel Valderrama y José Ramiro Velásquez Garavito un alcance mayor al que tenían, al no ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, que impidió la aplicación del principio *in dubio* pro reo y la absolución de su defendido.

Dice el censor que Carlos Alberto Lopez Rojas ni siquiera sabía quién era el causante de sus lesiones y agrega que hubo participación de más individuos en la riña, y que Fredy Albeiro Castro y Oscar Enrique Veloza no vieron la entrega del arma y éste anota que "Gemelo" lo tenía amenaza do con un machete, al igual que a "Alvaro el hermano del muerto".

Los agentes Rafael Angel Valderrama y José Ramiro Velasquez no presenciaron los hechos y derivaron sus conocimientos de un ciudadano, cuyo nombre no aparece en el informe respectivo.

Sugiere que "Juan Pablo" Manrique y Eduardo Manrique fueron quienes dotaron de un arma al homicida, pues así lo señalan "varios testigos", por lo cual tienen interés en el proceso. Además, no puede tener validez el testimonio de quien afirma que ha tenido problemas con el procesado "porque ha tratado de atracarlo" ("Juan Pablo") y el mismo homicida Carlos Alberto Restrepo "confesó el hecho punible y manifestó que la persona que le había prestado el arma era el hermano de Juan Pablo N", lo cual concuerda con las declaraciones de éste y su consanguíneo.

Así las cosas, se presenta duda razonable que no fue posible resolver y, según el recurrente, se hace obligatorio dar aplicación al artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Por las anteriores razones solicita a la Corte casar la sentencia y decretar la nulidad impetrada, o dictar el fallo que corresponda.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que el recurso no está llamado a prosperar, ya que por diversas razones no son atendibles los planteamientos efectuados en los dos cargos que formula el libelista.

En cuanto al primer cargo, recuerda que la regulación legal de la defensa técnica permitía que en determinadas diligencias el procesado podía estar asistido por un ciudadano de reconocida honorabilidad.

El artículo 148 del Código de Procedimiento Penal fue declarado inexequible por la Corte Constitucional el 8 de febrero de 1996, mediante fallo C-049 que produce efectos hacia el futuro (art. 45 L. 270/96), lo cual significa que son válidas las actuaciones cumplidas en vigencia del precepto.

Luego no hay nulidad de la actuación, porque el sindicado fue vinculado el 10 de septiembre de 1993, en vigencia del artículo citado, cuando el Fiscal estaba facultado para designar a un no abogado como defensor, tema que remite a lo determinado por esta corporación en sentencia de junio 26 de 1996, M. P. doctor Ricardo Calvete Rangel.

En lo concerniente al segundo cargo, el representante del Ministerio Público precisa que el censor admite la concurrencia de pruebas testimoniales de contenido encontrado, pero no especifica cuáles fueron las supuestas tergiversaciones efectuadas por el Tribunal.

El juzgador no tuvo duda alguna en cuanto a la responsabilidad del procesado Montoya Moyano como cómplice de homicidio y autor de

lesiones personales. Estudió cabalmente la prueba, respetando las reglas de la sana crítica y apreciando los testimonios en conjunto, con observancia de lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

Fue así como otorgó credibilidad al lesionado Carlos Alberto Lopez, persona que sí observó quién lo hirió y quién entregó el arma al homicida; lo tenía individualizado, pero después supo su apodo. La vinculación de Montoya Moyano se logró por información de la ciudadanía, especialmente por Oscar Enrique Veloza, que narra la participación de este procesado en la riña.

Pablo Manrique relata los hechos porque los presenció y conocía a "Gemelo", debido a que anteriormente le había hurtado un cinturón, situación que para el Tribunal no es generadora de enemistad acérrima que induzca a desestimar el testimonio.

El dicho del autor material del homicidio no sirve para corroborar lo sostenido por Jorge Eliécer Montoya Moyano porque miente en muchos aspectos, lo que permite concluir que lo hace en relación a la persona que le suministró el arma, máxime que los testigos de descargo no son uniformes al respecto.

De acuerdo con el concepto, el Tribunal no tergiversa ninguno de los testimonios, ni tuvo duda acerca de la responsabilidad del procesado como cómplice de homicidio y autor de lesiones. Así, como el libelista no logró demostrar error alguno en la sentencia impugnada, el cargo no prospera y no hay razón para casarla.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero será examinando el cargo de nulidad, pues de prosperar resultaría innecesario proceder a considerar el segundo motivo de la censura.

PRIMER CARGO

La indagatoria de Jorge Eliécer Montoya Moyano fue recibida por la Fiscalía la madrugada del 27 de julio de 1993, asistido por una persona de reconocida honorabilidad, en vigencia del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal.

Como lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Estatuto de la Administración de Justicia) y ha venido señalando la Sala, entre otras providencias en la citada en el concepto de la Procuraduría Delegada y en la de fecha 25 de julio de 1996, ponente quien ahora realiza igual función, la sentencia de la Corte Constitucional C-049 del 8 de febrero de 1996 (M. P. doctor Fabio Morón Díaz), que declaró la inexequibilidad del inciso mencionado, sólo produce efectos hacia el futuro, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de

la facultad claramente conferida por el expreso precepto legal vigente en el momento de su realización.

Es decir, el fallo de la Corte Constitucional no afecta la injurada mediante la cual se vinculó a Jorge Eliécer Montoya Moyano al proceso, diligencia que conserva su validez al haber sido realizada de conformidad con lo dispuesto por la ley que regía en ese tiempo, que autorizaba al instructor para designarle una persona de reconocida honorabilidad que lo asistiera como defensor en la indagatoria cuando no hubiere abogado, como se colige que sucedió en este caso, donde no consiguió el Fiscal un profesional en ciencias jurídicas, pues de hallarlo disponible lo habría nombrado. Tal validez mantiene incólume la vinculación y, en consecuencia, la nulidad invocada por el recurrente carece de sustento.

Por el contrario, lo que no puede producir efectos jurídicos es el reconocimiento en fila de personas efectuado el 3 de septiembre de 1993, con la asistencia de una persona de reconocida honorabilidad pero no titulada en derecho. Esta ineficacia no requiere providencia que así lo declare y emerge de pleno derecho, ya que la excepción que consagraba el inciso primero del artículo 148 hacía referencia exclusiva a la indagatoria y no autorizaba la realización de otras diligencias que requirieren la concurrencia del procesado, sin la presencia de defensor letrado. Pero tal consecuencia anulativa sólo afecta a esa diligencia y, al contrario de lo que habría sucedido con la hipotética nulidad de la vinculación mediante indagatoria, no trasciende hacia el resto del proceso ni tuvo incidencia en el fallo, fundado en otros elementos de prueba.

De otra parte, el sindicado confirió poder a un defensor de confianza, quien asumió su carácter de sujeto procesal, con todas las facultades correspondientes, cerca de un mes antes de que se cerrara la instrucción, por lo cual estuvo en plena capacidad de procurar la corrección de cualquier irregularidad, solicitar pruebas, pedir ampliación y contradecir las ya acopiadas, ejercer a cabalidad todo su derecho de postulación, pedir revocatorias y nulidades, propiciar el control de legalidad, etc. Presentó además un amplio alegato de conclusión, buscando se precluyera en favor de su asistido.

Lo propio ocurrió durante el juicio, en donde Montoya Moyano acudió por su voluntad a otros profesionales, que participaron como les correspondía y, de acuerdo con el propio criterio jurídico, impugnaron y sustentaron hasta este recurso extraordinario, en donde el demandante no menciona en qué aspectos o diligencias concretas la defensa resultó realmente perjudicada, ni en qué forma o alcances los resultados del proceso habrían sido diferentes. En otras palabras, no señala ni se vislumbra trascendencia alguna de la alegada falta de defensa técnica, todo lo cual conduce a que el cargo no prospere.

SEGUNDO CARGO

A pesar que el censor alega la presencia de errores de hecho, por falso juicio de identidad, en la apreciación de seis testimonios que impidieron, según dice, reconocer el principio *in dubio* pro reo, no señala ni demuestra cuáles fueron las distorsiones en que incurrió el fallador para hacerles decir algo que realmente no contienen.

El impugnante ataca las declaraciones de los agentes de la Policía Rafael Angel Valderrama y José Ramiro Velásquez porque en su informe no aparecen los nombres de los ciudadanos que les indicaron que su representado había sido quien suministró el arma al homicida. Claramente se aprecia que no está endilgando error en la apreciación de estas dos pruebas y es más, los juzgadores no edificaron la sentencia sobre estos testimonios de oídas, sino que acudieron a las declaraciones de quienes dijeron haber presenciado los hechos, cuyos nombres fueron suministrados por algunos protagonistas u otros testigos.

En lo concerniente a Oscar Enrique Veloza, el recurrente manifiesta que no vio quien proporcionó la navaja a Carlos Alberto Restrepo. El Tribunal analizó su declaración y en ninguna parte aparece que lo hubiera distorsionado para hacerle decir que Jorge Eliécer Montoya Moyano fue quien entregó el arma al otro peleador. Aunque el censor resalta estas expresiones del testigo, no está imputando al fallador un error de hecho por falso juicio de identidad en su apreciación.

Ataca la versión de Pablo Antonio Manrique Rodríguez porque varios deponentes lo señalan a él y a su hermano Luis Eduardo Manrique "como las personas que dolaron al homicida del arma con la que se perpetró el crimen" y ser enemigos acérrimos de su poderdante, al haber éste atentado levemente contra el patrimonio de uno de ellos. Nuevamente se aprecia que el demandante no menciona tergiversación imputable al juzgador, quien consideró que el apoderamiento del cinturón por parte del sindicado no generaba la enemistad que pregona el libelista ni llevaba al declarante a afirmar que Jorge Eliécer Montoya Moyano proporcionó la navaja a Carlos Alberto Restrepo.

El reproche no atiende la técnica que gobierna la casación, sino que pretende extender la supuesta enemistad al hermano del sujeto pasivo del hurto y endilga a los dos haber entregado el arma a Carlos Alberto Restrepo, cuando los testigos de cargo como los de descargo concuerdan en que fue un solo individuo quien realizó tal contribución delictiva y no dos. Esa no es la forma de superar la contradicción existente entre los integrantes del segundo grupo de deponentes, pues unos sostienen que esa ayuda fue realizada por Pablo Antonio Manrique y otros que por su hermano Luis Eduardo.

Por último, el libelista dice que Carlos Alberto Lopez Rojas manifestó no estar seguro de quién le causó las lesiones e hizo entrega de la navaja al

homicida; además, que Oscar Enrique Veloza no sostuvo haber visto que "Gemelo" haya herido a López Rojas ni suministrado el arma.

No obra en la sentencia tergiversación del contenido de la deponencia de Enrique Veloza y el Tribunal no se basó en afirmaciones no efectuadas por él, sino que la condena tiene fundamento en la versión de la víctima de las lesiones y la declaración de Pablo Antonio Manrique Rodríguez.

El censor no logra endilgar un falso juicio de identidad en la apreciación del dicho de este ofendido por parte del juzgador, que en el fallo de segundo grado plasmó:

"El testimonio proveniente del lesionado López Rojas, que además no está huérfano de respaldo probatorio ... se aprecia firme, verosímil, equivalente a quien tuvo ante sí y no por breve lapso a su heridor, al que enfrentó y persiguió, es decir, que estuvo en capacidad de observarlo muy bien ... revelando ... cual fue el comportamiento de este sujeto, no sólo cuando logró acuchillarlo a él, sino también cuando corrió al lado del joven Restrepo para pasarle el arma con la que éste atacó al hoy occiso.

Un testimonio en tales condiciones, que la crítica no descalifica sino que sale avante, que está avalado por otras pruebas testificales legalmente producidas dentro del proceso, no puede ser el producto de la temeridad o de erradas o falsas impresiones y siendo, por consiguiente, de irrefutable valor, permanece incólume frente a las declaraciones que pugnan por minar su credibilidad".

El lesionado indica que tuvo un enfrentamiento con Jorge Elliécer Montoya Moyano y, cuando fue derribado, su agresor le asestó dos navajazos, uno en el abdomen y otro en la región lumbar, corriendo en seguida hasta donde estaba Carlos Alberto Restrepo para entregarle el arma, con la cual éste hirió a Daniel Enrique López Nieto. En ninguna parte de la declaración aparece que el deponente haya expresado estar inseguro de lo dicho y, por el contrario, con exactitud señaló quién lo lesionó y cómo el agresor aprovechó que yacía en el suelo. Es decir, percibió lo acontecido y expresa las circunstancias que le permitieron observar al atacante, sin que su relato pierda credibilidad por ignorar los nombres y apellidos del sindicado, ni por haber averiguado posteriormente que respondía al remoquete de "Gemelo".

Tan pronto el heridor le ocasionó las lesiones, corrió y le dio el arma a Jorge Elliécer Montoya Moyano mientras que el lesionado fue tras él. Carlos Alberto Restrepo precisa que durante la persecución pudo ver cuando se efectuó tal entrega y el receptor le propinó un navajazo en el tórax a Daniel Enrique López Nieto. O sea, precisa las circunstancias que le permitieron ver la actividad desarrollada por Jorge Elliécer Montoya Moyano después de agredirlo y parte de la acción desplegada por el otro atacante,

de ahí que sólo hable de una herida causada a su amigo, pues no pudo ver más por continuar en la persecución de aquél.

Esos aspectos fueron tenidos en cuenta por el fallador en el análisis del testimonio del ofendido y concluyó que era creíble. Ahora, el impugnante no logra demostrar error de hecho por falso juicio de identidad en esa apreciación y opta por adjudicarle al testimonio factores no concurrentes, como la inseguridad sobre la individualización de su agresor y de quien suministró el arma en mención. Por este medio pretende imponer su particular forma de valorar la prueba sobre el análisis del juzgador, lo cual no es de recibo en casación.

Las anteriores razones llevan a la conclusión de que este cargo tampoco prospera, estando igualmente en ésto de acuerdo con el concepto del representante del Ministerio Público.

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:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO-Renuncia

Aunque la legislación procesal penal parece tolerar la intervención alternativa del solicitado y su defensor, lo cierto es que, como ocurre de ordinario en todo rito judicial, se trata de dos sujetos procesales diferenciados y, generalmente, los términos comunes deberán renunciarse conjuntamente para no abreviar la tramitación a petición de uno y de espaldas al otro. Pero, de pronto, la dificultad de una renuncia unilateral del requerido podría obviarse por esa sugerida alternatividad que consagra la ley, máxime que se supone que todo se hace en su interés.

Sin embargo, como ha observado la Sala en oportunidades anteriores, en este trámite también tiene la facultad de intervención el Ministerio Público, tal como lo prevé el artículo 87, literal d) de la Ley 201 de 1995 –Orgánica de la Procuraduría General de la Nación–, como desarrollo claro del artículo 277-7 de la Constitución Política, razón por la cual no pueden admitirse deserciones solitarias a términos que son comunes.

En efecto, en decisión del 6 de mayo pasado, cuya ponencia correspondió al magistrado Fernando Arboleda Ripoll, se dijo lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, el traslado para pedir pruebas durante el proceso de extradición, tiene por destinatario a la persona requerida o su defensor. Con la entrada en vigencia de la Ley 201 de 1995, que en su artículo 87 literal d) asigna al Ministerio Público la función de 'Intervenir en el trámite de extradición ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia', debe entenderse que ese traslado comprende también al Procurador Delegado.

"Si bien la citada disposición no precisa el momento a partir del cual dicha intervención puede presentarse, una interpretación sistemática permite arribar a la conclusión que ella ha de darse a lo largo de la actuación que se surta ante esta Corporación, incluyendo, por supuesto, el término legal de traslado para pedir pruebas.

"Con esta postura aclara la Sala expresamente el punto, y retoma el planteamiento que en el mismo sentido fuera expuesto desde el doce

de julio de mil novecientos noventa con ponencia del Magistrado doctor Páez Velandia, según el cual, en tratándose del proceso de extradición, 'nada más lógico y necesario que el Ministerio Público sirva a la justicia colaborando con ella en la forma más obvia posible' cual es, pidiendo pruebas y controvirtiendo las que aduzcan los interesados...', criterio que mantiene plena vigencia de cara a la nueva realidad que gobierna el país a partir de la Constitución de 1991, inclusive la reforma al tema recientemente introducida.

"Tomando en cuenta, entonces, que en el trámite de extradición ante la Corte participan no solamente el requerido y su defensor sino el sujeto procesal que viene de referirse, ha de concluir la Sala que la renuncia al rito legalmente establecido, presentada por el señor Jácome Tomás Milanés, resulta inane por no surtir ningún efecto jurídico dentro de la actuación, siendo, por ende, llamada a su rechazo toda vez que de aceptarse el planteamiento propuesto, no sólo conllevaría que el requerido en extradición, desde el punto de vista del interés particular, conserve la posibilidad de llevar a cabo las gestiones que considere pertinentes a su defensa, sino, además, detrimento del debido proceso, pues se estaría desconociendo la facultad de intervención del Ministerio Público, garantía fundamental esta que, a la luz de la normativa constitucional vigente, es indisponible e irrenunciable".

En consecuencia, se rechazará el pedido de renuncia al término indicado y se ordenará su cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 14237

Aprobado Acta No. 68

El requerido en extradición Rafael Rojo Saiz recibió notificación personal del auto por medio del cual se le concede traslado de las diligencias para que solicite pruebas, por un lapso de diez días y, en el acto, escribió en la respectiva acta que renuncia a cualquier término legal y ruega la extradición a la mayor brevedad posible (fs. 15).

Reitera dicha manifestación en el memorial que antecede y advierte que se propone arreglar sus problemas penales en España, sin ocultar una vez más el deseo de que se agilice el proceso de extradición. La Sala proveerá sobre lo pretendido.

CONSIDERACIONES

Aunque la legislación procesal penal parece tolerar la intervención alternativa del solicitado y su defensor, lo cierto es que, como ocurre de ordi-

nario en todo rito judicial, se trata de dos sujetos procesales diferenciados y, generalmente, los términos comunes deberán renunciarse conjuntamente para no abreviar la tramitación a petición de uno y de espaldas al otro. Pero, de pronto, la dificultad de una renuncia unilateral del requerido podría obviarse por esa sugerida alternatividad que consagra la ley, máxime que se supone que todo se hace en su interés.

Sin embargo, como ha observado la Sala en oportunidades anteriores, en este trámite también tiene la facultad de intervención el Ministerio Público, tal como lo prevé el artículo 87, literal d) de la Ley 201 de 1995 -Orgánica de la Procuraduría General de la Nación-, como desarrollo claro del artículo 277-7 de la Constitución Política, razón por la cual no pueden admitirse deserciones solitarias a términos que son comunes.

En efecto, en decisión del 6 de mayo pasado, cuya ponencia correspondió al magistrado Fernando Arboleda Ripoll, se dijo lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, el traslado para pedir pruebas durante el proceso de extradición, tiene por destinatario a la persona requerida o su defensor. Con la entrada en vigencia de la Ley 201 de 1995, que en su artículo 87 literal d) asigna al Ministerio Público la función de 'Intervenir en el trámite de extradición ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia', debe entenderse que ese traslado comprende también al Procurador Delegado.

"Si bien la citada disposición no precisa el momento a partir del cual dicha intervención puede presentarse, una interpretación sistemática permite arribar a la conclusión que ella ha de darse a lo largo de la actuación que se surta ante esta Corporación, incluyendo, por supuesto, el término legal de traslado para pedir pruebas.

"Con esta postura aclara la Sala expresamente el punto, y retoma el planteamiento que en el mismo sentido fuera expuesto desde el doce de julio de mil novecientos noventa con ponencia del Magistrado Doctor Páez Velandia, según el cual, en tratándose del proceso de extradición, 'nada más lógico y necesario que el Ministerio Público sirva a la justicia colaborando con ella en la forma más obvia posible cual es, pidiendo pruebas y controvirtiendo las que aduzcan los interesados...', criterio que mantiene plena vigencia de cara a la nueva realidad que gobierna el país a partir de la Constitución de 1991, incluida la reforma al tema recientemente introducida.

"Tomando en cuenta, entonces, que en el trámite de extradición ante la Corte participan no solamente el requerido y su defensor sino el sujeto procesal que viene de referirse, ha de concluir la Sala que la renuncia al rito legalmente establecido, presentada por el señor Jácome Tomás Milanés, resulta inane por no surtir ningún efecto jurídico dentro de la actuación, siendo, por ende, llamada a su rechazo toda vez que de aceptarse el planteamiento propuesto, no sólo conllevaría que el requerido en extradición,

desde el punto de vista del interés particular, conserve la posibilidad de llevar a cabo las gestiones que considere pertinentes a su defensa, sino, además, detrimento del debido proceso pues se estaría desconociendo la facultad de intervención del Ministerio Público, garantía fundamental ésta que, a la luz de la normativa constitucional vigente, es indisponible e irrenunciable".

En consecuencia, se rechazará el pedido de renuncia al término indicado y se ordenará su cumplimiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECLARAR improcedente la renuncia al término de proposición de pruebas, según petición que hace el requerido Rafael Rojo Saiz. En consecuencia, por Secretaría cúmplase lo ordenado en el auto de 21 de abril último.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ DETENCION DOMICILIARIA/ COLABORACION EFICAZ

De conformidad con el citado artículo 369D (adicionado por el art. 47 de la Ley 81 de 1993), varias son las hipótesis a diferenciar acerca de la oportunidad y las consecuencias que para la libertad del procesado y ejecución de la sentencia acarrea la celebración y aprobación de acuerdos de beneficios por colaboración eficaz con la Administración de Justicia; razón por la que se estima oportuno hacer las siguientes precisiones, complementarias al criterio ya expuesto.

*1. Si el acuerdo se realiza en la etapa de juzgamiento anterior a haberse dictado la respectiva sentencia, y se aprueba por el juez de conocimiento la concesión de la libertad provisional o la detención domiciliaria como beneficios autónomos, acordados entre el procesado y la Fiscalía como contraprestación a la contribución prestada a la eficacia de la Administración de Justicia, como lo prevé el inciso primero de la citada norma, "Reconocido el beneficio en los casos de libertad provisional y detención domiciliaria, **el juez lo concederá inmediatamente**" (destacó la Sala).*

Si lo pactado y aprobado es la concesión de beneficios diferentes, cuyo reconocimiento sólo podría hacerse efectivo en el fallo de condena –como rebaja de pena, condena de ejecución condicional, exclusión o concesión de causales específicas de agravación o atenuación punitiva respectivamente, sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social, aumento de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza, etc.–, el mismo inciso primero de la norma en cita establece: "Tratándose de otros beneficios, el juez los concederá en la sentencia condenatoria cuando hubiere lugar a ella".

2. Refiriéndose al acuerdo celebrado y aprobado "con posterioridad al juzgamiento", entendiendo por tal momento el que surge a partir de la ejecutoria de la sentencia, el inciso segundo del artículo 369D en forma clara asigna la competencia para pronunciarse sobre la legalidad del convenio al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad: "Si la colaboración se realiza con posterioridad al juzgamiento, el

juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, a solicitud de la Fiscalía podrá conceder el subrogado...".

3. No existe regulación expresa sobre la aplicación de la figura en comento cuando su proposición, trámite y aprobación se presenten con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de segundo grado, habiendo culminado el trámite propio de las instancias, esto es, mientras se surte el recurso extraordinario de casación.

En esta hipótesis, como ha quedado precisado a la luz de una interpretación sistemática de la norma analizada, acorde con la limitada competencia de la Corporación en sede de recurso extraordinario, y la necesidad de preservar el derecho a la doble instancia respecto del proveído que imprueba el acuerdo, la facultad de pronunciarse sobre la legalidad del trámite de beneficios por colaboración eficaz corresponde al juzgador de primera instancia, quien sopesará la eficacia de la colaboración, sobre el cuaderno de copias, pues de conformidad con el artículo 159 ejusdem, "El secretario está obligado a mantener debidamente separados y foliados los cuadernos del proceso y en ningún momento se remitirán conjuntamente".

Lo anterior por cuanto la Corte –cuya actuación en el presente asunto corresponde a la de tribunal de casación–, no adquiere el carácter de juez de instancia por el hecho de que el procesado con quien se suscribió el acuerdo se halle privado de la libertad en razón a la sentencia cuya legalidad se controvierte por vía extraordinaria.

Si entre los beneficios acordados se halla la concesión de la libertad provisional, o si la disminución de pena concedida por la colaboración eficaz deviene en el cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta o de la fracción exigida por los artículos 72 y 72A del Código Penal para otorgar la libertad provisional de conformidad con el artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993), una vez aprobado el acuerdo por el juez de instancia, mediante providencia debidamente ejecutoriada, deberá remitir oportunamente a la Corte Suprema de Justicia la actuación respectiva para que esta Corporación adopte la decisión que corresponda.

En los demás casos, sólo por vía del recurso de casación, la Sala podría considerar el acuerdo de beneficios por colaboración eficaz con la justicia –cuya aprobación, se reitera, en todo caso debe efectuarse por el juzgador de instancia–, siempre y cuando los términos y condiciones del mismo tengan repercusiones en el trámite y decisión del recurso extraordinario, o cuando la ilegalidad de la sentencia condenatoria de segundo grado se atribuya a dicho procedimiento, dependiendo de los cargos formulados en la demanda respectiva.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 13195

Aprobado acta No. 62 (abril 30/98)

ASUNTO

Estudiar la competencia de la Corporación para pronunciarse sobre la legalidad del acuerdo de beneficios por colaboración eficaz suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el sentenciado Juan Carlos Carrillo Peña.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Juan Carlos Carrillo Peña., el 18 de diciembre de 1995 fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Valledupar, a la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisión, como coautor del delito de hurto calificado y agravado (fls. 315 y ss. c. o. No. 1 del Tribunal).

Contra el fallo de segunda instancia, el prenombrado interpuso el recurso extraordinario de casación, motivo por el cual las diligencias se encuentran en esta Corporación.

Para que efectuara el respectivo control de legalidad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar remitió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma ciudad, el acta de acuerdo de beneficios por colaboración eficaz y la resolución de 11 de febrero de esta anualidad, proferida por el Fiscal General de la Nación y aprobatoria del "acuerdo celebrado el día cinco (05) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998) entre la Fiscalía Ciento Sesenta y dos Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santafé de Bogotá, y el señor Juan Carlos Carrillo Peña." (fl. 4 c. beneficios).

El Juzgado se abstuvo de pronunciarse al respecto, argumentando ser la Corte Suprema de Justicia el organismo competente para ello, pues "está conociendo el proceso seguido contra Juan Carlos Carrillo Peña, en virtud del recurso extraordinario de casación invocado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Honorable Tribunal Superior de esta ciudad, por tal razón el sentenciado se encuentra a su disposición en el Centro de Reclusión de la Policía Nacional con sede en Facatativá".

La Corte se abstendrá de revisar la legalidad del acuerdo en referencia, por carecer de facultades para ello, habida consideración del carácter limitado de la competencia en sede de casación, y la imposibilidad jurídica de preterm itir la decisión de primera instancia que decida la cuestión, pronunciamiento que, de ser negativo, de conformidad con el inciso final del artículo 369D del Código de Procedimiento Penal (adicionado por el artículo 47 de la Ley 81 de 1993), sería susceptible de los recursos ordi-

narios, correspondiendo desatar la alzada al Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial.

La Sala, en providencia de 19 de marzo de 1996, sentó el criterio anterior en los siguientes términos:

"Otra de las razones para predicar la imposibilidad de la Corte para pronunciarse en torno a pedimentos de esta naturaleza, la constituye la limitada competencia funcional de la Corporación durante el trámite del recurso extraordinario, que la habilita únicamente para resolver cuestiones inherentes al mismo recurso, y las peticiones de libertad que se formulen con fundamento en el numeral 2° del Art. 415 del C. de P. P. (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993) –cumplimiento de la totalidad de la pena, o de los presupuestos fácticos del art. 72 del C.P. para obtener la libertad condicional–.

Y aun en el evento en que el acuerdo por "colaboración eficaz con la Justicia", se perfeccione estando en trámite el recurso extraordinario de casación, el funcionario competente para hacer el respectivo control de legalidad y reconocer los beneficios respectivos, sería un juez de instancia y no la Corte, pues ha de tenerse presente que, además de la limitada competencia a que se hizo mención, la providencia que niega la legalidad del acuerdo debe ser "susceptible de los recursos ordinarios", según la previsión del artículo 369D que regula la "Colaboración concomitante o posterior al juzgamiento", imperativo éste que resultaría vulnerado al ser la Corte la encargada de tal pronunciamiento.

Con base en esa misma previsión normativa, si el acuerdo se materializa cuando ya la sentencia condenatoria ha cobrado firmeza, el funcionario competente para evaluar la legalidad del convenio y aplicar los beneficios, será el juez de ejecución de penas o quien haga sus veces" (Rad. Casación 9662, Mag. Pon. Dr. Arboleda Ripoll).

De conformidad con el citado artículo 369D (adicionado por el art. 47 de la Ley 81 de 1993), varias son las hipótesis a diferenciar acerca de la oportunidad y las consecuencias que para la libertad del procesado y ejecución de la sentencia acarrea la celebración y aprobación de acuerdos de beneficios por colaboración eficaz con la Administración de Justicia; razón por la que se estima oportuno hacer las siguientes precisiones, complementarias al criterio ya expuesto:

1. Si el acuerdo se realiza en la etapa de juzgamiento anterior a haberse dictado la respectiva sentencia, y se aprueba por el juez de conocimiento la concesión de la libertad provisional o la detención domiciliaria como beneficios autónomos, acordados entre el procesado y la Fiscalía como contraprestación a la contribución prestada a la eficacia de la Administración de Justicia, como lo prevé el inciso primero de la citada norma. "Reco

nocido el beneficio en los casos de libertad provisional y detención domiciliaria, *el juez lo concederá inmediatamente*" (destacó la Sala).

Si lo pactado y aprobado es la concesión de beneficios diferentes, cuyo reconocimiento sólo podría hacerse efectivo en el fallo de condena como rebaja de pena, condena de ejecución condicional, exclusión o concesión de causales específicas de agravación o atenuación punitiva respectivamente, sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social, aumento de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza, etc., el mismo inciso primero de la norma en cita establece: "Tratándose de otros beneficios, el juez los concederá en la sentencia condenatoria cuando hubiere lugar a ella".

2. Refiriéndose al acuerdo celebrado y aprobado "con posterioridad al juzgamiento", entendiendo por tal momento el que surge a partir de la ejecutoria de la sentencia, el inciso segundo del artículo 369D en forma clara asigna la competencia para pronunciarse sobre la legalidad del convenio al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad: "Si la colaboración se realiza con posterioridad al juzgamiento, el juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, a solicitud de la Fiscalía podrá conceder el subrogado...".

3. No existe regulación expresa sobre la aplicación de la figura en comento cuando su proposición, trámite y aprobación se presenten con posterioridad al proferimiento de la sentencia de segundo grado, habiendo culminado el trámite propio de las instancias, esto es, mientras se surte el recurso extraordinario de casación.

En esta hipótesis, como ha quedado precisado a la luz de una interpretación sistemática de la norma analizada, acorde con la limitada competencia de la Corporación en sede de recurso extraordinario, y la necesidad de preservar el derecho a la doble instancia respecto del proveído que impruebe el acuerdo, la facultad de pronunciarse sobre la legalidad del trámite de beneficios por colaboración eficaz corresponde al juzgador de primera instancia, quien sopesará la eficacia de la colaboración, sobre el cuaderno de copias, pues de conformidad con el artículo 159 *ejusdem*, "El secretario está obligado a mantener debidamente separados y foliados los cuadernos del proceso y en ningún momento se remitirán conjuntamente".

Lo anterior por cuanto la Corte –cuya actuación en el presente asunto corresponde a la de tribunal de casación–, no adquiere el carácter de juez de instancia por el hecho de que el procesado con quien se suscribió el acuerdo se halle privado de la libertad en razón a la sentencia cuya legalidad se controvierte por vía extraordinaria.

Si entre los beneficios acordados se halla la concesión de la libertad provisional, o si la disminución de pena concedida por la colaboración efi

caz deviene en el cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta o de la fracción exigida por los artículos 72 y 72A del Código Penal para otorgar la libertad provisional de conformidad con el artículo 415.2° del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993), una vez aprobado el acuerdo por el juez de instancia, mediante providencia debidamente ejecutoriada, deberá remitir oportunamente a la Corte Suprema de Justicia la actuación respectiva para que esta Corporación adopte la decisión que corresponda.

En los demás casos, sólo por vía del recurso de casación, la Sala podría considerar el acuerdo de beneficios por colaboración eficaz con la justicia -cuya aprobación, se reitera, en todo caso debe efectuarse por el juzgador de instancia-, siempre y cuando los términos y condiciones del mismo tengan repercusiones en el trámite y decisión del recurso extraordinario, o cuando la ilegalidad de la sentencia condenatoria de segundo grado se atribuya a dicho procedimiento, dependiendo de los cargos formulados en la demanda respectiva.

Como consecuencia de los planteamientos aquí expuestos, la Corte se abstendrá de estudiar la legalidad del acuerdo de beneficios por colaboración eficaz suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado Juan Carlos Carrillo Peña, y subsiguientemente, ordenará remitir la actuación al Juzgado de instancia –en este caso el Tercero Penal del Circuito de Valledupar–, para que proceda de conformidad.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE DE CONSIDERAR la legalidad del acuerdo de beneficios por colaboración eficaz suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado Juan Carlos Carrillo Peña, y REMITIR la actuación al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar para que proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Taxatividad-Limitación

El recurso de casación es extraordinario porque sólo procede cuando ya existe una definición fáctica y jurídica consagrada en una sentencia, que por ser la culminación de todo un proceso, está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. Por lo tanto, la finalidad de esta impugnación es la contradicción de esos presupuestos, pero no en forma caprichosa, sino al tenor de los motivos señalados por la ley, esto es, de las causales relacionadas en el artículo 220 del estatuto procesal penal.

Por lo demás, al Tribunal de Casación no le es permitido efectuar una revisión integral de la actuación. Su atribución y deber radica en verificar si los aspectos que constituyen el fundamento de la demanda ponen de manifiesto la violación a la ley, caso en el cual le compete romper la sentencia para adoptar la decisión que sea indispensable para restaurar la legalidad, pero todo dentro del marco de acción trazado por el impugnante.

En consecuencia, una demanda de casación no se puede asimilar a los alegatos de las instancias, pues en éstas aún nada se ha definido, por lo cual, entre otras cosas, se pueden proponer hipótesis, procedimiento inadmisible en casación, donde sólo es posible enunciar y demostrar los errores trascendentes, cometidos en el juicio o en el procedimiento, debiendo el Tribunal de Casación sujetarse a lo propuesto, salvo la violación de garantías fundamentales.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 10105

Aprobado Acta No. 69

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de Evelio de Jesús Guarín Garzón contra la sentencia del 22 de agosto de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Antioquia confirmó la

condena impuesta a aquél por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, como autor de los delitos de Homicidio culposo y lesiones personales culposas.

HECHOS

Fueron resumidos así, por el Tribunal:

"A eso de las diez de la noche del 25 de junio de 1992 el señor Evelio de Jesús Guarín Garzón pilotaba el vehículo tipo taxi de placas TOA-864, y al llegar al cruce de la calle 44 con la carrera 48A del municipio de Rionegro, pretendió ingresar al barrio Santa Ana y para ello hizo un giro a la izquierda sobre la calle, por la cual se desplazaba, en sentido contrario, Nódier Antonio Vallejo Agudelo al mando de la motocicleta marca Yamaha, de placas DTII-02 y llevando como parrilleras a Alba Mery Vallejo Agudelo y Miryam del Socorro Rendón Gil, habiéndose presentado violenta colisión entre los dos automotores, de la cual salieron mal librados los ocupantes del pequeño vehículo que rodaron por el piso y sufrieron heridas de distinta índole, aunque de más consideración las de Miryam del Socorro Rendón Gil, hasta el punto que dos días después se produjo su deceso en la Policlínica Municipal de esta ciudad".

SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN

El 4 de agosto de 1992, la Unidad de Fiscalía de Rionegro (Antioquia), tomando como base el acta de levantamiento del cadáver de Myriam del Socorro Rendón y las diligencias realizadas por la Secretaría de Tránsito de ese municipio, ordenó la apertura de la investigación.

El 22 de enero de 1993, después de recaudar diversas probanzas, se escuchó en indagatoria a Evelio de Jesús Guarín Garzón, quien manejaba el Renault 9. Tres días después se cumplió la misma diligencia con el conductor de la motocicleta, Nódier Antonio Vallejo Agudelo.

La situación jurídica de los dos sindicados fue decidida el 22 de febrero de 1993 con medida de aseguramiento de detención preventiva, pero se les concedió la libertad provisional. Esta determinación fue objeto de los recursos de reposición y apelación, resueltos el 4 y el 24 de marzo en proveídos que la dejaron en firme.

La instrucción se declaró cerrada el 28 de junio de 1993, habiéndose producido su calificación el 29 de julio siguiente, en el sentido de acusar a Evelio de Jesús Guarín Garzón de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, en concurso, y de precluir la investigación en favor de Nódier Antonio Vallejo Agudelo.

Una vez que el expediente fue remitido a los Juzgados de Circuito, los lesionados Alba Mery y Nódier Vallejo Agudelo, mediante apoderado, presentaron demanda de constitución de parte civil, la cual fue admitida en auto del 19 de noviembre de 1993.

A los citados se les fijó una incapacidad definitiva de 35 y 33 días, respectivamente, con secuelas de carácter permanente.

La audiencia pública de juzgamiento se cumplió el 26 de mayo de 1994, culminada la cual, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro (Ant.), el 29 de junio siguiente, profirió el fallo pertinente, en el que condenó a Evelio Guarín Garzón a las penas principales de 30 meses de prisión, multa de $1.500.oo y suspensión del ejercicio de la actividad de conducir vehículos automotores por 15 meses, como autor del concurso de hechos punibles de homicidio y dobles lesiones personales culposos, cometidos en Miriam del Socorro Rendón Gil, Alba Mery Vallejo Agudelo y Nódier Antonio Vallejo Agudelo, respectivamente.

Así mismo se le condenó al pago de los perjuicios materiales y morales causados con el hecho y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal privativa de la libertad.

La decisión fue recurrida por la defensora del procesado Guarín Garzón, pero fue confirmada en su integridad, el 22 de agosto de 1994, por el Tribunal Superior de Antioquia.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación, la recurrente ataca la sentencia del Tribunal de Antioquia por la violación de una norma sustancial, por errónea apreciación de pruebas.

Como fundamento de la censura aduce que el *ad quem* ejerció en forma ilimitada y absoluta la soberanía de la libre apreciación probatoria, lo que significó la condena de su representado, pues no cumplió las obligaciones legales (arts. 247, 249 y 254 C.P.P.) de imparcialidad, averiguar celosamente las circunstancias de hecho, buscar la verdad real, apreciar las pruebas en su conjunto y acorde con las reglas de la sana crítica y condenar con la certeza de la responsabilidad del procesado.

En sentir de la libelista, el juzgador derivó de la errónea apreciación de las pruebas certeza de la responsabilidad del señor Guarín, "porque inexplicablemente se quiere acoger como plena prueba las verificaciones hechas en la inspección judicial realizada un año después de ocurrido el hecho, cuando las condiciones de lugar habían cambiado y los concurrentes estaban afectados por algún grado de subjetividad". Acota que tal diligencia fue incompleta e inexactamente plasmada en el plano levantado por el Cuerpo Técnico de Investigación, pues no se consignaron datos importantes, como la trayectoria que seguía el testigo Pedro Restrepo, las medidas de las vías y la distancia hasta los puntos de iluminación pública. Además, difiere la trayectoria que se le da al taxi de aquélla que señaló el testigo, a quien se le hace aparecer a una distancia que no corresponde.

Prosigue sosteniendo que las constataciones sobre la existencia de buena iluminación fueron rotundamente contradichas por el informe rendido por el agente del tránsito que acudió al lugar minutos después de sucedido el hecho, ratificado bajo juramento, en donde se dice que sólo estaban encendidas las luces sobre la carrera y una bombilla en una tiendecita.

Lo anterior, agregado a la declaración de Pedro Restrepo de haber observado la moto sin luces cuando estaba ya encima del taxi, corroboran, en criterio de la impugnante, la versión del procesado de no haber visto ese vehículo y que no se le podía exigir que lo viera si no se daban las condiciones normales para ello. Aduce que si no sabía que existía otro usuario de la vía, no tenía por qué respetar la prelación, pues el cruce estaba libre.

Para la recurrente, no existe prueba alguna que controvierta el dicho del acusado en cuanto afirma que disminuyó la velocidad, puso las direccionales y constató que no hubiera impedimentos para hacer el giro.

Por otra parte, la espontánea declaración del testigo de excepción permite inferir que el taxista fue prudente y cuidadoso en la conducción del automotor, por cuanto llevaba prendidas las luces de su carro, puso las direccionales e hizo un breve pare antes de virar a la izquierda, todo lo cual permite concluir que hizo el giro bajo el errado convencimiento de que no había obstáculo alguno.

El juzgado apreció erradamente la declaración del testigo cuando éste aseveró que el taxi "volteó de una", con lo que quiso significar que el conductor no vaciló en el cruce, que hizo el pare y luego, sin dudar, cruzó ligero. La maniobra implica una de dos cosas: o que el taxista vio la moto e intentó alcanzar velozmente la calle 48A, o que hizo el cruce en forma decidida porque no había impedimento a la vista. La primera hipótesis no tiene respaldo probatorio y la segunda sí.

A continuación, la actora afirma que, en sana crítica, se concluye que la responsabilidad del hecho no puede recaer en Evelio Guarín, pues de su parte no hubo conducta culposa alguna, sino una situación de caso fortuito, por lo que debe ser amparado por la causal primera de inculpabilidad del artículo 40 del Código Penal, ya que el insuceso se debió, exclusivamente, al comportamiento temerario e irresponsable de la víctima, al transitar en una moto sin luces.

La libelista también califica de errónea la conclusión del fallador sobre la contradicción que le atribuye al procesado, quien afirmó que la moto iba a exceso de velocidad, de donde asume que ejecutó la maniobra a pesar de haberla visto. Tal aserto carece de fundamento, pues el exceso de velocidad pudo haberse percibido no sólo por la visión sino por el impacto, o los efectos, o por la constatación posterior.

Igualmente critica que se le dé mayor valor a las apreciaciones subjetivas del mecánico Hernán Alzate y de los guardas Nelson Zapata y Eduardo Neira, que a las versiones aportadas por quienes tuvieron conocimiento inmediato, como el guarda de tránsito Humberto Salazar y el testigo Pedro Pablo Restrepo.

Finalmente censura que la "incalificable" conducta de la víctima resulte premiada con una generosa indemnización, sin tener en cuenta que la preceptiva legal manda reducir la apreciación del daño cuando la víctima se expuso a él imprudentemente.

Señala que las normas violadas fueron los artículos 329 y 340 del Código Penal, por haber sido aplicados sin que se hubiera cumplido, respecto del procesado, el presupuesto de la culpabilidad. Y de paso se infringieron los artículos 40, numeral 1, 37 y 5° de ese estatuto, en cuanto no se reconoció la inculpabilidad, siendo que el caso fortuito quedó establecido, se declaró al procesado incurso en conducta culposa sin haberse demostrado y se aplicó la responsabilidad objetiva.

La demandante termina pidiendo a la Sala que case la sentencia del Tribunal y dicte la sustitutiva correspondiente.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO SEGUNDO EN LO PENAL

En su criterio la demanda no formula clara y precisamente la censura que le atribuye a la sentencia del Tribunal de Antioquia, porque en sus planteamientos iniciales, al manifestar su inconformidad con la valoración probatoria, parece haber escogido la violación indirecta por error de derecho, por falso juicio de convicción, siendo que en esta sede, es impertinente ese intento.

No obstante, prosigue el Delegado, la recurrente más adelante menciona situaciones que por su naturaleza exigen demostración al amparo de la causal tercera de casación, si se trata de la afectación del principio de la investigación integral; o de la causal primera, cuerpo segundo, por error de hecho por falso juicio de existencia, si lo que acusa es la omisión de valoración de pruebas allegadas al proceso que apuntaban a demostrar la duda en favor del procesado.

También le falta claridad a la impugnante cuando se refiere a la certeza que adquirió el juzgador sobre la responsabilidad del implicado, porque sugiere un error de hecho por falso juicio de identidad, que no logra demostrar, al no haber concretado cuáles son los aspectos en los cuales la inspección judicial resultó falseada o tergiversada por los juzgadores, ya que el apoyo argumentativo está constituida por críticas y juicios apreciativos personales.

En lo que atañe con los cuestionamientos formulados a la inspección judicial, el Procurador advierte que la demandante omitió señalar que fue

ella misma quien asistió en esa diligencia al procesado y que, salvo el punto de la luminosidad, no dejó constancias, ni solicitó ampliación o aclaración de los datos que sirvieron para elaborar el plano.

Por otra parte, el funcionario conceptuante resalta que la recurrente no tomó en cuenta que ninguno de los fallos de las instancias se apoyó en forma definitiva en la inspección judicial, sino que también se acogieron los testimonios y los dictámenes periciales rendidos en la misma.

La entidad que la demandante otorga a las declaraciones dadas por el guarda de tránsito y el testigo Restrepo Ramírez, como pruebas que desvirtúan las contradicciones de la inspección y confirman la veracidad de la versión del implicado, se reduce, en criterio del Delegado, a la pretensión de que se prefiera el análisis particular, frente al de la sentencia, cuando en esta sede, la Corte no actúa como tercera instancia.

Por lo demás, conceptúa el Ministerio Público, las circunstancias que resalta la defensora no fueron relevantes para los falladores, pues ellos concretaron el actuar imprudente del procesado en el hecho de haber invadido la ruta correspondiente a la motocicleta, transcribiendo, al efecto, los apartes pertinentes de los fallos de primera y segunda instancia.

Por último, el Delegado acota que no asume el análisis de los cuestionamientos que se formularon a la cuantía indemnizatoria porque es un tema ajeno a la censura, que ameritaba proposición y demostración independientes.

En los términos expuestos, el Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado.

La Sala Considera

El recurso de casación es extraordinario porque sólo procede cuando ya existe una definición fáctica y jurídica consagrada en una sentencia, que por ser la culminación de todo un proceso, está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. Por lo tanto, la finalidad de esta impugnación es la contradicción de esos presupuestos, pero no en forma caprichosa, sino al tenor de los motivos señalados por la ley, esto es, de las causales relacionadas en el artículo 220 del estatuto procesal penal.

Por lo demás, al Tribunal de Casación no le es permitido efectuar una revisión integral de la actuación. Su atribución y deber radica en verificar si los aspectos que constituyen el fundamento de la demanda ponen de manifiesto la violación a la ley, caso en el cual le compete romper la sentencia para adoptar la decisión que sea indispensable para restaurar la legalidad, pero todo dentro del marco de acción trazado por el impugnante.

En consecuencia, una demanda de casación no se puede asimilar a los alegatos de las instancias, pues en éstas aún nada se ha definido, por lo cual, entre otras cosas, se pueden proponer hipótesis, procedimiento in-

admisible en casación, donde sólo es posible enunciar y demostrar los errores trascendentes, cometidos en el juicio o en el procedimiento, debiendo el Tribunal de Casación sujetarse a lo propuesto, salvo la violación de garantías fundamentales.

Estas nociones básicas no fueron observadas por la libelista, pues la demanda no demuestra ningún yerro por parte del fallador y simplemente reproduce los argumentos expuestos, sin éxito alguno, en las instancias, por lo que desde ya se anuncia su fracaso.

Además, la censura está desarrollada de manera confusa y contradictoria, pues de una parte sostiene que el fallador ejerció en forma ilimitada la facultad de apreciación probatoria y que los elementos de convicción no fueron apreciados en su conjunto, con lo que sugiere que va a demostrar un error de hecho por falso juicio de identidad, dentro de la causal primera de casación, pero no es así, sino que se desvía hacia la causal tercera, al decir que no se buscó la verdad real, vulnerándose el principio de investigación integral. Pero también, sin solución de continuidad, plantea error de hecho por falso juicio de existencia, al sostener que se omitió la apreciación de pruebas que habrían demostrado la inocencia del acusado.

Pero no terminan ahí las incoherencias de la demanda, sino que a continuación se adentra en el error de derecho por falso juicio de convicción, cuando expone que en la sentencia se le dio el valor de plena prueba a la diligencia de inspección judicial. Desconoce la libelista que tal concepto es propio del método de la tarifa legal, en el que la ley prefija el valor del medio probatorio y, por lo mismo, dice cuando es pleno y cuando no, en tanto que la inspección judicial y, en general, los demás elementos de convicción se rigen por el principio de la sana crítica.

En cuanto a los demás cuestionamientos que hace la casacionista, lo único que aparece claro es que pretende oponer sus consideraciones probatorias a las del fallador y que la Sala escoja entre ellas, ignorando que no es posible, pues tal valoración es propia de las instancias y que la sentencia llega a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, por lo que el criterio del juzgador prevalece. La simple disparidad apreciativa de la prueba carece de entidad para estructurar un error sobre el cual se puede edificar un cargo en casación, pues la Sala carece de potestad para hacer una nueva valoración que sustituya la ya efectuada por los jueces de instancia.

Por otra parte, darle credibilidad a unos medios de convicción y negársela a otros, tampoco constituye desacierto, sino que es el ejercicio del poder discrecional que le fue conferido al juez por la ley para apreciarlos, sólo limitado por la sana crítica.

Así mismo, y como antes se expresó, la casación no es la sede adecuada para proponer hipótesis, sino para indicar y demostrar, lógica y jurídi-

camente, los yerros cometidos en la sentencia y que son violatorios de una norma sustancial o de una garantía procesal.

De todos modos, las pretendidas fallas probatorias traídas a colación por la recurrente carecen de trascendencia, pues la sentencia teniendo en cuenta, particularmente, la imprudencia del procesado, al haber invadido el carril por el cual transitaba la motocicleta y no haber respetado la prelación, concluyó en su responsabilidad, sin que la demanda hubiera logrado demostrar que la sentencia es ilegal.

Finalmente, la llana afirmación de que "la apreciación de los perjuicios se hizo sin tener en cuenta criterios objetivos, ni prueba alguna, además sin tener en cuenta la prescripción legal que manda reducir la apreciación del daño cuando la víctima se expuso imprudentemente", no puede tenerse como un cargo que merezca pronunciamiento, pues, como lo sostiene el Procurador Delegado, es un tema ajeno a la censura, que ameritaba proposición y demostración independientes.

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:

NO CASAR el fallo impugnado.

Comuníquese y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Arnoldo Zarazo Osiedo (Conjuez).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Homicidio simple

En anteriores oportunidades, la Corte ha precisado que durante el trámite del recurso extraordinario de casación, la libertad provisional solamente procede con fundamento en la causal prevista en el artículo 415 numeral 2° del Código de Procedimiento Penal.

Dicha norma establecé que el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria, cuando lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

Por su parte, el artículo 72A del Código Penal, disposición aplicable en el presente evento por cuanto el sindicado fue sentenciado por el delito de homicidio simple, dispone que el Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel,*

Proceso No. 11043

Aprobado Acta No. 69

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de libertad suscrita por el procesado Francisco Luis Toro López, quien aduce que tiene derecho a ese beneficio en virtud a que le pagó a la víctima los daños y perjuicios causados con el delito.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En anteriores oportunidades, la Corte ha precisado que durante el trámite del recurso extraordinario de casación, la libertad provisional solamente procede con fundamento en la causal prevista en el artículo 415 numeral 2° del Código de Procedimiento Penal.

Dicha norma establece que el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria, cuando lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

Por su parte, el artículo 72A del Código Penal, disposición aplicable en el presente evento por cuanto el sindicado fue sentenciado por el delito de homicidio simple, dispone que el Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

2. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura condenó a Francisco Luis Toro López a la pena principal de doce (12) años y seis (6) meses de prisión, como autor del delito de homicidio en grado de tentativa. El Tribunal Superior de Cali confirmó esta decisión al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor.

Ahora bien, Toro López estuvo privado de su libertad desde el 30 de mayo de 1993 y hasta el 13 de agosto de ese mismo año. Actualmente, se encuentra recluido desde el 12 de julio de 1994.

El procesado no cumple el factor cuantitativo que exige el artículo 415 numeral 2° del Estatuto Procesal Penal, en armonía con el artículo 72A del Código Penal, pues a la fecha registra en detención preventiva cuarenta y ocho (48) meses y catorce (14) días, lapso que resulta inferior a las tres quintas partes (3/5) de la pena impuesta, equivalentes a noventa (90) meses.

En consecuencia, se negará la solicitud de libertad elevada por el sindicado Toro López, sin que sea necesario para ello verificar el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el artículo 72A *ibidem*.

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

RESUELVE:

NEGAR la libertad provisional al procesado Francisco Luis Toro López, quien se encuentra actualmente detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Buga.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/ *REFORMATIO IN PEJUS*

1. Con base en meras suposiciones no pueden levantarse alternativas plausibles al riguroso examen racional de la prueba que hace el fallador, pues, de otra manera, bastaría al actor imaginar todas las hipótesis causales del acontecimiento histórico, en oposición a la que con probabilidad acreditada lo explica, para lograr de este modo tan subjetivo desestabilizar el juicio y propiciar un nuevo examen probatorio donde no existen protuberantes errores de hecho o de derecho. No son las hipótesis subjetivamente lanzadas por el recurrente las que derrumban lo que está acreditado debidamente en la sentencia; será necesario esgrimir hipótesis empíricamente alternativas cuyo predominio sobre las primeras sea ostensible porque demuestran fácilmente cuán equivocadas son.

2. La prohibición de adjudicar una pena más grave, en cuanto a especie y cantidad, cuando la sentencia ha sido recurrida solamente por el procesado o a su favor, dentro de un Estado de derecho sólo puede funcionar si el juez revisado acata su imperativo y función básica de respetar la legalidad de la pena en los límites explicitados por el legislador. Esto por cuanto, si bien la prohibición de reformatio in pejus es una manifestación lógica del principio acusatorio, no puede olvidarse que constitucionalmente el proceso penal colombiano quedó diseñado con esa tendencia mas no fue decisivamente definido como tal, pues, si se observa el mismo artículo 31 fundamental, allí se conservó la posibilidad de la consulta de las sentencias judiciales y también se previó institucionalmente, ya en el artículo 228 idem, un deber de los funcionarios judiciales consistente en hacer prevalecer el derecho sustancial en sus actuaciones (la legalidad de la pena lo es), rasgos estos que son inquisitivos y se establecen en favor no sólo del individuo penalmente perseguido sino también de la sociedad y el Estado de derecho.

Sin embargo, es necesario aclarar que el respeto a la legalidad penal se impone como medida de la reserva legislativa, es decir, cuando el juez arbitrariamente tienda a sustituir al legislador, mas no en aquellos aspectos en los que el mismo titular de la producción legislativa habilita al funcionario para hacer valoraciones o ejercer una discrecionalidad judicial. Es lo que ocurre con el sistema de regulación de la pena, que en nuestro ordenamiento jurídico se prevé como

una determinación legal relativa, pues la ley señala unos márgenes insuperables, marcados por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el juez puede adecuar la pena a las concretas circunstancias del hecho y el autor.

Sólo se entiende violada la legalidad cuando se restringen o desbordan los límites máximo y mínimo establecidos en cada tipo legal (por debajo del mínimo o por encima del máximo legal). Nótese que el artículo 26 del Código Penal, que regula la pena aplicable en caso de concurso delictivo, prevé que la sanción más grave se aumentará "hasta en otro tanto", margen amplio de discrecionalidad que el juez de primera instancia cubrió con ocho (8) meses, pero que para el Tribunal debía llenarse con un incremento de doce (12) meses.

Aunque ese espacio de discrecionalidad está reglado en el artículo 61 del Código Penal, este precepto contiene pautas pero no cifras exactas, razón por la cual, aún así, persiste un arbitrio o paréntesis de valoración que podrían declarar cumplido tanto el juez como el Tribunal, pues ambos funcionarios judiciales justifican la cuantía del incremento punitivo en ese poder de selección basado en distintas pero plausibles percepciones de la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente y el número de hechos punibles concurrentes.

La revisión de valoraciones, algo que está más allá de cantidades fijas o de límites máximos y mínimos establecidos por el legislador, comporta una violación del principio de independencia y autonomía judicial (art. 230 Const. Pol.), pues esta clase de incidencias están proscritas en el examen funcional de las sentencias condenatorias, siempre que el acusado sea recurrente único u otro sujeto procesal impugne en su favor.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 11000

Aprobado Acta N° 69

VISTOS

Provee la Sala en relación con el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor en contra de la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual se condena al procesado Giovanny González Camayo, en calidad de autor de un concurso de hechos punibles de homicidio y lesiones personales culposos, según conducta que acabó con la vida de los jóvenes Juan Manuel Galván

Madriñan y Severo Corrales Ramírez, y además afectó la integridad física de Ever Julio Yanten y Wilson Domínguez Ortiz.

Dentro del trámite legal de la impugnación, se ha pronunciado el Procurador en lo Judicial-Penal, como sujeto procesal de instancia no recurrente, y la Procuraduría Delegada en lo Penal como parte en esta sede extraordinaria.

HECHOS Y RESEÑA PROCESAL

Los episodios delictivos ocurrieron el día 4 de julio del año 1992, aproximadamente a las 6:20 horas de la tarde, a inmediaciones de carrera 28 con la calle 53 del área urbana del municipio de Palmira (Valle), concretamente frente al colegio Cárdenas de Mirriñao. A esa hora, los jóvenes Juan Manuel Galván Madriñán y Severo Corrales Ramírez se desplazaban por la mencionada carrera, en sentido sur-norte, vía que de aquella población conduce a la localidad de Buga, a bordo de la motocicleta marca susuki, de placas IWX-57, conducida por el primero, y de pronto fueron golpeados por el vehículo tipo camioneta, marca ford, modelo 63, de placas ON 5935, operado en ese momento por el procesado Giovanny González Camayo, que se movilizaba en la misma dirección y también por el carril derecho del carreteable, y en cuyo platón, sentados contra la cabina y la vista hacia atrás, iban los pasajeros Ever Julio Yanten y Wilson Domínguez Ortiz. Ocurrida esta primera colisión, la camioneta se fue contra un poste de la energía eléctrica, objeto que se rompió por la zona más próxima a su base, y finalmente se produjo un volcamiento y el automotor quedó en dirección contraria a la que llevaba, prácticamente destruido el capó, el tren delantero, el capacete, las farolas, el bómper delantero y los guardafangos.

Inmediatamente después de lo acontecido, el conductor González Camayo huyó levemente herido del lugar, se dirigió a casa de su padre y más tarde se presentó con él al comando de policía; más ocurre que en ese aparatoso siniestro perdieron la vida los dos ocupantes de la moto, el primero como consecuencia de un politrauma severo que afectó órganos vitales de su anatomía, mientras que el segundo falleció por efecto de un grave trauma craneoencefálico. Los pasajeros de la camioneta sufrieron fracturas y múltiples raspaduras.

El acusado ha explicado que perdió el control del vehículo debido a una falla imprevista en los mecanismos de su dirección, pero las instancias declaran que la causa del siniestro radica en el exceso de velocidad aplicada al automotor.

Le correspondió la apertura de investigación por estos hechos al Fiscal 135 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, adscrito a la Dirección Seccional de Palmira, funcionario que además admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por el padre del occiso Juan Manuel Galván Madriñán (fs. 10, 13 y 36). Oído en indagatoria el imputado Giovanny

González Camayo, el despacho instructor adoptó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como manera de definirle la situación jurídica (fs. 65 y 142).

También se reconoció como parte civil a la progenitora del fallecido Severo Corrales Ramírez (fs. 195). Y en una revisión surtida por vía de apelación, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Cali concedió la libertad provisional al procesado (f. 247).

Previamente dispuesta la resolución de cierre de instrucción, la Fiscalía determinó acusar al procesado, de acuerdo con resolución fechada el 22 de julio de 1993, por un concurso de delitos de homicidio y lesiones personales culposos, previstos en los artículos 329, 332, 336 (sic) y 340 del Código Penal, agravados por el abandono injustificado del lugar de los hechos, según lo preceptúa el artículo 330, numeral 2° de la misma obra (fs. 273 y 285).

El Juzgado Tercero Penal del Circuito adelantó el juzgamiento y, por medio de sentencia del 7 de diciembre de 1993, declaró la responsabilidad penal e impuso condena al procesado (fs. 318). Sin embargo, a la hora de examinar el proceso por obra del recurso de apelación, el Tribunal invalidó la actuación a partir del auto que dejó en traslado el expediente para preparar la audiencia, solicitar pruebas y nulidades, pues, según lo motiva dicha corporación, el juez de primera instancia violó el debido proceso al decretar una ruptura de la unidad de proceso, razón por la cual le ordena reponer el seguimiento procesal y obtener los dictámenes definitivos sobre las consecuencias médico-legales irrogadas a los lesionados (f. 375).

De acuerdo con la última peritación médico-legal, obtenida gracias a la mencionada orden de nulidad, el señor Wilson Domínguez Ortiz presentó una incapacidad definitiva de 56 días, sin otras consecuencias; mientras que el otro lesionado, Ever Julio Yantén, sufrió una incapacidad de 30 días, pero además presentó una perturbación funcional permanente del órgano de la visión, debido a la pérdida visual por el ojo izquierdo (f. 410).

Nuevamente se realizó la audiencia pública de juzgamiento y, por medio de sentencia del 13 de diciembre de 1994, el juzgado de primera instancia condenó al acusado a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y un mil quinientos pesos ($ 1.500.oo) de multa, como autor de un concurso material de delitos de homicidio y lesiones personales culposos, agravados por la circunstancia prevista en el numeral 3° del artículo 330 del Código Penal; también le impuso las sanciones accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición del oficio de motorista, ambas por un período igual al de la pena privativa de la libertad; además, le derivó como obligación civil el resarcimiento concreto de los daños a los perjudicados, efecto para el cual ordenó el remate del vehículo embargado;

y, finalmente, le reconoció al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional (f. 418).

En virtud del recurso de apelación propuesto por la defensa, el Tribunal dictó fallo de segundo grado el día 28 de abril de 1995, decisión por medio de la cual modificó la pena principal impuesta al procesado, en el sentido de situarla en cuarenta (40) meses de prisión, multa por valor de mil ochocientos pesos ($ 1.800.oo) y suspensión en el ejercicio de la profesión de motorista por el término de veinticuatro (24) meses. Clarifica que esta última sanción está contemplada como principal en las respectivas disposiciones penales, razón por la cual no podía deducirse como accesoria y consecuentemente la revoca como tal. De igual manera, en atención a la pena privativa de la libertad impuesta, devuelve la concesión del subrogado que se había hecho en la primera instancia y ordena la captura del acusado (f. 467).

La Demanda

1. El actor propone el primer cargo a la luz de la causal primera de casación, como violación indirecta de la ley sustancial, debido a un error de hecho en la apreciación de la prueba técnica que obra a folios 258-259 del cuaderno original, consistente en desfigurar el sentido objetivo de dicho medio de convicción (falso juicio de identidad). La argumentación es la siguiente:

1.1 El Tribunal estima que el perito Reynaldo Rojas "concluye de manera clara, amplia y precisa con apoyo en las constataciones, *que no medió daño o desperfecto en la dirección del vehículo guiado por el acusado* la fecha del hecho, en virtud a que la naturaleza del aducido por el mismo implica un desgaste paulatino de uno de sus componentes lo cual se refleja en el funcionamiento del timón...". También sostiene la Sala, según cita que hace el demandante, que dicho peritaje "estructura un elemento de juicio con suficiente capacidad probatoria para deducir del mismo la inexistencia del desperfecto mecánico argumentado por el procesado para cimentar en él la causal de inculpabilidad consagrada en el numeral 1° del artículo 40 del C. P..." (f. 515, cita y resaltos de la demanda).

Sin embargo, en la misma inspección judicial que contó con la presencia del mencionado experto, éste advirtió que "... se revisan los órganos de control y el *timón obedece únicamente en parte la llanta delantera izquierda, la derecha no obedece debido a que la barra estabilizadora en el terminal donde se ajusta con el brazo de la dirección y la llanta izquierda se encuentra en el piso...*" y concluyó que "*El concepto es que la dirección no está funcionando debido al daño ya enunciado*" (f. 515, cita y énfasis de la demanda).

Basta una simple confrontación de los textos transcritos, en opinión del impugnante, para determinar la "equivocada evaluación" que de la prueba hizo el Tribunal, pues dedujo que la falla mecánica no existió, cuando las constancias de la prueba en examen indican todo lo contrario.

1.2 De otra parte, el Tribunal también sostiene que el relacionado dictamen no sólo descarta el caso fortuito esgrimido por el procesado, sino que también contribuye a demostrar que la causa determinante del percance se sitúa en el exceso de la velocidad imprimida al automotor. Pues bien, a pesar de que el perito expresa una serie de limitaciones para establecer una velocidad aproximada (peso, estado de los frenos, huella de frenada, objeto de la resistencia, etc.), de todas maneras se arriesga a decir que era superior a la permitida en el casco urbano, debido a la magnitud de los daños ocasionados y la posición en que finalmente quedó el vehículo; más tal inferencia no puede ser sólida por las siguientes razones:

1.2.1 El poste de energía eléctrica no estaba sostenido por cables ni tenía seguridades especiales, además de que recibió el impacto prácticamente en su base, razón por la cual no era difícil derribarlo al chocar con un instrumento cuyo peso aproximado es de dos toneladas y con el impulso propio de una velocidad promedio.

1.2.2 La naturaleza de los daños registrados en el automotor, como sustento de una excesiva velocidad, tampoco es inequívoca, si se tiene en cuenta que la mayor parte de las averías se observan en la franja izquierda del vehículo, y las restantes son de menor entidad. Y en cuanto a la posición del carro, también como dato indicativo, no se ha tenido en cuenta que el lugar donde ocurrieron los hechos no es un plano sino una pequeña hondonada, sitio en el cual un vehículo, con algún impulso y sin control, puede resultar con los desperfectos que exhibía el rodante en cuestión.

1.3 También le parece al censor que el Tribunal no apreció integralmente la prueba pericial, pues ignoró el real alcance de cada una de las respuestas del perito, disfuncionalidad que lo condujo a aplicar inadecuadamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y dejar de aplicar el 445 del mismo ordenamiento y el canon 29 de la Constitución Política.

2. De manera subsidiaria, el recurrente expone, como segundo cargo, que constituye una violación directa de la ley sustancial la aplicación que se hizo en la sentencia del numeral 2° del artículo 330 del Código Penal. Fundamenta del siguiente modo:

2.1 Las instancias de juzgamiento entendieron erróneamente que el simple abandono del lugar de los hechos era razón suficiente para imponer la agravante de la conducta, "sin tener en cuenta qué factores anímicos y/o psicológicos condujeron a esta actitud".

2.2 Para definir la naturaleza culposa del comportamiento investigado, bastaba verificar la presencia de alguno de los factores generadores de esta forma de comisión delictiva; pero, en orden a deducir la agravación, "debe evidenciarse procesalmente" que el sujeto actuó movido por alguno de los propósitos que con dicha intensificación punitiva quiso prevenir el legislador, esto es, que se propuso eludir la acción de la autoridad o que un envilecimiento moral o una falta de solidaridad lo acompañaron frente a las circunstancias generadas por su acción. Ni uno ni otro ánimo estaba radicado en el sujeto activo, porque, en primer lugar, acudió voluntariamente ante las autoridades de policía; y, en segundo orden, porque la prueba indica que el abandono no obedeció a ningún bajo instinto de insolidaridad social sino que era presa del pánico, pues nada diferente se infiere del hecho de salir a buscar apresuradamente a su progenitor y después presentarse por sus propios medios a la estación de policía más cercana al lugar de los hechos.

2.3 Como el juzgador aplicó el mencionado precepto sin el cumplimiento de sus presupuestos subjetivos, significa que lo hizo indebidamente y con criterio de responsabilidad objetiva, en contravía de los artículos 2° y 5° del Código Penal, que son guías interpretativas no sólo de las tipicidades principales sino también de las normas subordinadas de carácter sancionatorio.

Como conclusión de sus premisas, el actor propone que se case el fallo demandado y, en lugar, que se dicte sentencia absolutoria, si es que prospera la primera censura, o que se reforme la duración de la pena para la segunda eventualidad.

3. En un capítulo que denomina de "varios", el demandante sostiene que la sentencia objeto de recurso viola la preceptiva del artículo 31 de la Constitución Política, supuesto que, a pesar de que sólo ellos intentaron el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, se ha incrementado la pena en segunda instancia. Con todo, como quiera que se ha propuesto remover dicha anomalía por vía de tutela, la lealtad le indica que debe abstenerse de plantear formalmente cargo alguno en este sentido, sin perjuicio de que la Corte asuma de oficio el conocimiento del asunto sugerido.

Otros Sujetos Procesales

Dentro de la oportunidad legal, el Procurador 62 en lo Judicial-Penal se opone a las pretensiones del actor y argumenta del siguiente modo:

El demandante ha hecho un sesgo para resaltar sólo algunos aspectos abordados por el perito, concretamente el reconocimiento de que el sistema de dirección del vehículo estaba averiado; pero de dicha declaración no se infiere que tal daño hubiese sido la causa determinante del siniestro, pues, según lo advierte el mismo experto, no se observa un proceso de

desgaste del mecanismo de conducción, con lo cual sugleré que hubo manipulación después de ocurrido el percance. El oponente transcribe extensamente la parte pertinente de la diligencia.

De otra parte, arguye el opositor, se ha destacado en la pericia que el sistema de frenos funciona independientemente de la dirección y, ante una eventual avería de ésta, la alternativa sería la acción del primero, razón por la cual el daño que se pretexta no pudo haber sido la causa determinante del siniestro, la cual se identifica más bien con el exceso de velocidad que revelan los daños resultantes en el percance.

En estas circunstancias, el Procurador Judicial observa que no está demostrado el falso juicio de identidad, pues la valoración del dictamen pericial se ha hecho con apego a su contenido, sin incurrir en distorsiones, en armonía con otros elementos de juicio, motivo por el cual solicita a la Sala que declare no probado el cargo.

En relación con el segundo cargo, por aplicación indebida del artículo 330 del Código Penal, el Procurador Judicial afirma que, si bien el fallo de segunda instancia omitió una referencia a este aspecto, las motivaciones para deducir la agravante quedaron consignadas en la sentencia de primer grado, razón por la cual era obligación del casacionista entrar a demostrar los fundamentos de su manifestación de improcedencia de la causal de agravación. Entre tanto, el cargo se perfila incompleto y carente de prueba.

CONCEPTO DE LA DELEGADA

1. En relación con el primer cargo, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal afirma que las alegaciones del demandante no se refieren a una estimación torcida o tergiversada de la prueba, por cercenamientos o agregaciones arbitrarias en su expresión fáctica, sino que evidencia una descalificación de las consideraciones valorativas del Tribunal, actitud que se aparta del falso juicio de identidad y "se adentra en los linderos del falso juicio de convicción" (sic). Por el contrario, es el censor el que quebranta estos baremos de ponderación e incurre en yerros irreconciliables con el contenido de la prueba, tales como los siguientes:

No reconoce el demandante como afirmación del perito que el sistema de dirección no tiene que ver con el sistema de frenos, motivo por el cual si el timón iraba hacia el lado derecho, bien se podía conjurar cualquier accidente con el accionar de los frenos. Además, el experto diagnosticó, con base en la magnitud de los daños observados en la camioneta, que se desplazaba a una velocidad mayor de la reglamentaria, y no a la velocidad permitida que muestra la recortada transcripción de la demanda.

Y cuando el censor habla de los daños ocasionados al vehículo, no es afortunado que los de más intensidad lesiva los sitúe al lado izquierdo,

pues basta observar las fotos "para saber, sin dudas, que son del lado derecho las mayores afectaciones del golpe".

La única razón verdadera del libelo demandatorio, dice el Delegado, radica en el deseo de presentar otra perspectiva de los hechos, discrepante de la del fallador, modo de actuar que es inadmisible en casación porque, si la sentencia acata las reglas de la sana crítica, resulta prevalente su valoración probatoria.

El Procurador hace las transcripciones pertinentes para demostrar el apego de los fallos de instancia al método de la racional consideración, porque hace una evaluación individual de las pruebas y después las armoniza. Recuerda también que un ataque por esta vía de la valoración probatoria le representa al demandante la obligación de desquiciar todo el soporte fáctico-jurídico del fallo, carga que no se ha cumplido cabalmente porque en la demanda nada se dice sobre los testimonios de Delmer Obonaga y Wilson Azza Arévalo.

Como el actor señala la violación del artículo 29 de la Constitución Política, por falta de aplicación, la Delegada recuerda que el quebrantamiento del debido proceso está estipulado legalmente como causal de nulidad, razón por la cual debió alegarse por la vía del motivo tercero de casación y no por el primero.

2. En cuanto al segundo cargo, el Procurador dice que la violación directa, en cualquiera de sus sentidos, sólo admite argumentaciones jurídicas, porque se trata de demostrar un problema de desconocimiento de la norma o un error de selección o una falsa interpretación.

Resulta que el actor acude a reproches porque no se tuvieron en cuenta los factores anímicos y/o psicológicos influyentes en la actitud del procesado, o porque es evidente que éste no quiso eludir la acción de la autoridad ni dar muestras de insolidaridad, aspectos todos que representan una controversia sobre los hechos y las pruebas en su valoración, por tanto excedidos de la mera contradicción lógico-jurídica sobre la aplicación de normas. Es regla ineludible de la vía directa, advierte el Delegado, que se respeten los hechos y las pruebas en la forma como fueron apreciados por el fallador.

Además de esta falla técnica del pedimento, el Procurador Delegado expone que tampoco puede prosperar el cargo porque "abandonar la escena de los acontecimientos so pretexto de 'estado de nerviosismo', no es, ni puede ser jamás 'justa causa' que elimine la circunstancia de agravación prevista en el 330-2".

CONSIDERACIONES

Primera Censura:

Se aduce que hubo error de hecho por falso juicio de identidad por cuanto el juzgador, con base en una distorsión del dictamen que aparece a

folios 258-259, negó la existencia de una falla en el sistema de dirección del vehículo, como causa del accidente, cuando, por el contrario, las constancias dejadas por el experto durante la inspección judicial dan fe de la presencia decisiva del daño. Además, como el colaborador expresa que es muy difícil establecer si es verdadera la explicación del procesado, o no lo es, en el sentido de que la dirección le tiró fuertemente hacia el lado derecho, de allí también resulta imposible pregonar la inexistencia del fenómeno aducido por aquél, ya que sencillamente el perito no contestó la pregunta planteada.

Quien fundamenta el recurso en una supuesta tergiversación de la prueba pericial, paradójicamente, no sólo recorta el sentido del fallo sino que omite aquellas manifestaciones del experto que no permiten sacar del contexto lo que caprichosamente ha querido capitalizar como una afirmación contundente en favor de sus intereses.

En efecto, en el fallo se dice que la intervención del señor Reynaldo Rojas, experto en automotores, permite "concluir en forma clara, amplia y precisa con apoyo en las constataciones, *que no medió daño o desperfecto en la dirección del vehículo guiado por el acusado la fecha del hecho, en virtud a que la naturaleza del aducido por el mismo implica un desgaste paulatino de uno de sus componentes* lo cual se refleja en el funcionamiento del timón al afectar su estabilidad, situación fácilmente perceptible por quien conduzca el automotor quien por ende en sana lógica debe adoptar la medida adecuada con la finalidad de evitar un accidente, como bien puede ser el accionamiento de los frenos..." (fs. 476-477. Se ha resaltado).

En la sentencia no se niega la existencia del deterioro en el sistema de dirección para la fecha de la inspección judicial (21 de abril de 1993), de la misma entidad que aduce el procesado, pero lo que sí no se reconoce es la presencia de dicho daño para "la fecha del hecho" (4 de julio de 1992), porque una avería de tal naturaleza implica un proceso gradual de deterioro de los distintos accesorios que no se verifica en el caso.

Esas aseveraciones del fallo evidentemente se fundamentan en las explicaciones que suministró el experto en el curso de la inspección judicial, que se practicó el 21 de abril de 1993 (más de 9 meses después de los hechos), diligencia en la cual advierte que 'Nos encontramos frente a una camioneta marca Ford, tipo Pick up, color verde, de placas ON-5935, que presenta los siguientes daños... Se revisan los órganos de control y el timón obedece únicamente en parte la llanta delantera izquierda, la derecha no obedece debido a que la barra estabilizadora en el terminal donde se ajusta con el brazo de la dirección y la llanta izquierda se encuentra en el piso, *se revisa la rosca del terminal y se encuentra normalmente, se desconoce el motivo por el cual se halla zafada esta pieza y no esté en su sitio la barra estabilizadora que hace parte de la dirección.* El concepto es que la dirección no está funcionando debido al daño ya enunciado...' (fs. 258ltc. y vto. Se ha subrayado).

Conviene decir, en primer lugar, que el actor se abstiene de aclarar que ese daño en el sistema de dirección se ha constatado para la fecha de la inspección judicial y no para la de los hechos; en segundo lugar, los textos destacados en la demanda curiosamente recortan la parte que aquí se subraya, precisamente la que sugiere que dicho menoscabo no se compadece con el ordinario discurrir de esta clase de fenómenos, que son paulatinos, y donde el perito se extraña de que la rosca de seguridad esté intacta.

Por ello, hizo falta además que el censor se refiriera a una respuesta que entregó el perito, en relación con la factibilidad de un súbito daño en el mecanismo de operación del automotor tal como lo comenta el procesado, cuyo tenor completo es el siguiente:

"Queda para el perito muy difícil establecer si en verdad lo que manifiesta el señor en su indagatoria de que la dirección le tiró, es verdad o no, ya que para estos casos lo más lógico que si se siente un problema en la dirección de inmediato debe de estar atenta la persona que opera un vehículo con los frenos para evitar cualquier clase de accidentes. Se pueden presentar algunas excepciones y una de ellas puede ser el descuido en el mantenimiento del vehículo y principalmente digo esto porque se observa que el terminal que tiene que ir adherido al sistema de la dirección al lado izquierdo para que las llantas obedezcan a un mando se encuentra en el piso y la rosca se encuentra sin ningún desgaste, además esta rosca también tiene una seguridad más que es un orificio que atraviesa la misma rosca con el fin de fijar o pasar por allí un objeto que impida que la tuerca se desenrosque y se salga de su sitio, pero este daño se presenta a largo plazo, el cual el daño que he enunciado si se empieza a sentir la dirección como a tambalear de inmediato se debe revisar cuál es la falla, es decir, que el daño que nos ocupa en estos momentos de no estar conectado el terminal en su sitio era previsible y podía haberse notado con anterioridad. Es extraño que en este momento aparezca la barra estabilizadora con el terminal en el piso y desgrafado de su sitio y que este daño hubiera sido momentáneo o sea la causa de perder la dirección el automotor, en mi concepto ésta no es la causa" (fs. 258vto. y 259fte. Se ha destacado).

Una vez más, la parte subrayada del texto evocado no se integró en la demanda, sencillamente porque esas expresiones de plano desvirtúan que haya habido desfiguración de la prueba en la sentencia de grado y, *contrario sensu*, revelan la paradoja de que mediante el cercenamiento de manifestaciones decisivas de la prueba técnica (actitud que encarna un falso juicio de identidad), el recurrente pretende hacer ver arbitrariamente esta clase de error de hecho en el fallo. El técnico no se contentó con decir que era "extraño" que el terminal apareciera despegado de la barra estabilizadora de la dirección, merced a las buenas condiciones en que encontró la rosca y sus seguridades, y que tal disociación se diera "momentáneamente", sino que categóricamente con-

cluyó que allí no radicaba la causa de la pérdida del control del automotor.

Al mismo experto en la materia se le pide que, de acuerdo con lo que tiene a la vista, haga un cálculo de la velocidad aplicada al automotor y sensatamente señala lo siguiente:

"La pregunta que se me hace queda muy difícil aproximar la velocidad puesto que para determinar velocidades se hace necesario muchos factores que en este momento no se cuenta con ellos, éstos son: peso del automotor, peso de las personas que viajaban en él, si transportaba carga o no, estado mecánico referente a los frenos, huella de frenada, objeto de la resistencia, observo que el rin está abollado y es producido con un objeto contundente sólido, duro y habría que establecer la resistencia que presenta este objeto, etc., de tal manera que por esos motivos no se podría establecer una velocidad aproximada, pero por la magnitud de los daños que observo en la camioneta, se puede establecer que el automotor se desplazaba a una velocidad mayor de la permitida en el perímetro urbano" (fs. 259fte. Se ha subrayado).

Esta afirmación conclusiva del perito, basada en la fiabilidad de experiencias análogas y emitida por quien ha sido probado en su campo y actividad (regla de la experiencia), quiere desvirtuarla el actor con fundamento en la suposición de que el poste derribado no tenía suficientes seguridades (dizque porque no estaba atado a cables o aditamentos especiales), o que el escenario de los hechos no era una planicie sino una "pequeña hondonada", razón por la cual un instrumento tan pesado como el automotor colisionante, aún sin mayor impulso, podía derrumbar el objeto. Además, con equívoco señalamiento de la ubicación de los más graves deterioros del carro, dice que éstos se observan en el flanco izquierdo (aunque evidentemente las fotos los enseñan al lado derecho), sin determinar cuál es la trascendencia de que estén a uno u otro costado.

En relación con estas objeciones, ocurre que la misma conclusión del actor enseña el desvío de su petición, cuando dice que "analizada la situación con esta óptica, el exceso de velocidad que se conjetura empieza a debilitarse" (fs. 516). Sea decir, aquí ya no se intenta demostrar una mistificación del contenido objetivo de la prueba técnica, sino que se pretende enarbolar otra óptica o perspectiva de valoración, paralela a la que hizo el fallador a partir de las expresiones auténticas del técnico auxiliador de la diligencia de inspección judicial. Este paralelismo valorativo, cuando se establece que el juzgador ha respetado razonablemente las reglas de la sana crítica, no se aviene con la estructura misma del recurso extraordinario de casación, que no es directamente una revisión automática de todo el proceso sino de la sentencia de segundo grado, supuesto que así las cosas la petición no refleja el problema de ostensibles errores de hecho que justifiquen aquel medio de impugnación.

Lo más curioso es que el censor siempre se previene y adjudica al fallo los yerros en que el mismo incurre en el curso de su reclamación. Nótese cómo se refiere a las "conjeturas" sobre el exceso de velocidad, cuando en verdad el perito parte de la observación directa de significativos daños en el vehículo, hecho indicador del cual infiere inductivamente que el conductor superó el límite de aceleración permitido en la zona urbana, determinado además que el sistema de frenos se encontraba en buen estado de funcionamiento, a pesar de lo cual no le alcanzó dicho mecanismo para evitar el percance. Sí es conjetural, en cambio, aducir que el poste de energía no tenía suficientes seguridades, cuando lo cierto es que estaba enterrado en un andén de concreto (fs. 55). Sí es figurativo, además, describir sugestivamente una "pequeña hondonada" en el terreno de los hechos, cuando el informe de tránsito y el croquis no se refieren a esa ligera o pronunciada pendiente (fs. 2 y 3).

Con base en meras suposiciones no pueden levantarse alternativas plausibles al riguroso examen racional de la prueba que hace el fallador, pues, de otra manera, bastaría al actor imaginar todas las hipótesis causales del acontecimiento histórico, en oposición a la que con probabilidad acreditada lo explica, para lograr de este modo tan subjetivo desestabilizar el juicio y propiciar un nuevo examen probatorio donde no existen protuberantes errores de hecho o de derecho. No son las hipótesis subjetivamente lanzadas por el recurrente las que derrumban lo que está acreditado debidamente en la sentencia: será necesario esgrimir hipótesis empíricamente alternativas cuyo predominio sobre las primeras sea ostensible porque demuestran fácilmente cuán equivocadas son.

Por manera que, desvirtuado el error de hecho por falso juicio de identidad en cuanto a la apreciación del concepto técnico, que toca con un presunto desarreglo intempestivo del mecanismo de la dirección como causa del siniestro; además de excluida la posibilidad de arbitrariedades en la valoración del exceso de velocidad como hecho verdaderamente generador del percance automovilístico, se concluye que no podrá prosperar este primer cargo.

Segunda Censura:

Se escoge como cargo subsidiario la violación directa de la ley por aplicación del numeral 2° del artículo 330 del Código Penal, que contempla una agravante punitiva para el sujeto activo que abandona sin justa causa el lugar de la comisión del hecho.

De entrada, se advierte una equivocación en el camino procesal escogido, porque en la violación directa de la ley sustancial siempre se da por descontado que el actor acepta íntegralmente los supuestos fácticos y la prueba de los mismos, hasta el punto que la controversia sólo se sitúa en

problemas de desconocimiento de la norma procedente, o en una indebida selección de la misma o en la adulteración del alcance y contenido de la que debe aplicarse.

Sin embargo, en el desenvolvimiento del cargo, el demandante se orienta hacia la violación indirecta, porque reclama que en la aplicación de la agravante no se tuvieron en cuenta los "factores anímicos y/psicológicos" que sin duda influyeron en la actitud de abandono asumida por el procesado, como fue el pánico que sintió inmediatamente después del hecho. Prueba de ello es que el acusado, de una vez, se dirigió a la casa de su padre y con él se presentó a la estación de policía más cercana al escenario de los hechos. Si esto es así, en el evento positivo de que el mero nerviosismo del sujeto activo tuviera capacidad de estructurar una "justa causa", entonces el demandante debió encauzarse por un error de hecho como falso juicio de existencia, si es que se desconocieron flagrantemente las manifestaciones que en tal sentido hicieron el mismo procesado en su indagatoria, su progenitor y los agentes Wilson Aza Arévalo y Delmer Obonaga Gamboa, quienes atendieron el caso y se entrevistaron con el imputado en el comando policial; o quizá por la ruta del falso juicio de identidad, si es que eventualmente los falladores tergiversaron el contenido objetivo de dichas pruebas.

También se nota la inconsistencia del ataque por vía directa, porque, según lo dice el censor, debió "evidenciarse procesalmente" que con el alejamiento del lugar de los hechos, el sindicado se propuso "eludir la acción de las autoridades" o faltar inmoralmente a un deber de solidaridad (mejor desatender una obligación jurídica de socorro). Si el recurrente asume que los propósitos enunciados conforman alternativamente un ánimo especial implícito en la tipicidad de la agravante examinada, y se lamenta de que ellos no se hayan "evidenciado procesalmente", entonces consecuentemente debió acudir a la vía de la violación indirecta para demostrar que el juzgador supuso o presumió la prueba de dichos elementos subjetivos especiales (error de hecho por falso juicio de existencia).

Además, si laxamente se da pábulo al modo de violación directa alegado, aún permanece una inestabilidad en su fundamentación, pues pendularmente se pasa de la hipótesis de la aplicación indebida de la norma a la de interpretación errónea de la misma. En efecto, genéricamente se sugiere que no debió aplicarse la norma en cuestión, que consagra una causal de agravación, debido a que el procesado "se llenó de pánico" y ello "justificaría" el alejamiento del lugar de los hechos (indebida aplicación). Pero, simultáneamente, se propone una racionalidad teleológica del precepto, presuntamente desconocida por el fallador, en el sentido de que el legislador se propuso desalentar conductas de evasión de la "acción de las autoridades" o del "deber de solidaridad", lo cual pone la discusión en el plano de la interpretación errónea. Ocurre

que, en relación con la misma norma, envuelve inconsistencia postular coetáneamente estas dos clases de defecto *in iudicando*, porque la interpretación errónea supone la aceptación de una correcta elección de la norma, escogencia que a la vez se negaría con el reparo de aplicación indebida.

Esta frágil posición de ataque no es técnicamente apta para enervar la derivación de la agravante que, con juicios de valor explícitos y motivados, relievó el juez de primera instancia de la siguiente manera:

"Claro también está, que después de estos acontecimientos el señor González Camayo abandonó el sitio de los hechos sin pensar en la situación de las personas a quienes había atropellado y a pesar del estado de nerviosismo que naturalmente puede generar esta clase de eventos, no se puede aceptar como justa causa para abandonar el lugar sin tratar ante todo, de auxiliar a las víctimas de su accidente, prefiriendo irse para su casa a que lo auxiliaran a él, no preocupándose lo suficiente por las consecuencias de su imprudente proceder.

"Es de anotar que las heridas que dice haber sufrido tampoco constituyen justa causa de su actuar, ya que no se constataron grandes secuelas, sólo pequeñas cicatrices que fueron de tan poca importancia, que las curaciones se las hizo en su casa como él mismo lo afirma" (fs. 438-439).

Otras Observaciones:

Acontece que en el curso de la revisión por vía de apelación, el Tribunal elevó la pena principal impuesta en el fallo de primer grado, de 36 a 40 meses de prisión (también la multa), y, como consecuencia de constatar un exceso del límite objetivo previsto en el artículo 68 del Código Penal, negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenó la captura del procesado.

La Sala estima que esta ocurrencia procesal viola abiertamente la prohibición de *reformatio in pejus*, garantía fundamental consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política y desarrollada por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, y en razón de la entidad del agravio se procederá de oficio a removerlo, conforme con la facultad-deber prevista en el artículo 228 del ordenamiento últimamente citado.

Valga el preámbulo de que la Corte reitera la doctrina contenida en la sentencia de casación del 29 de julio de 1992, cuya ponencia correspondió al magistrado Dídimo Páez Velandia y que el Tribunal inadecuadamente cita en aval de una tesis contraria, en el sentido de que la observación estricta del principio de legalidad de la pena, también de rango constitucional (art. 29), es condición necesaria para ambientar la aplicación del postulado de la no *reformatio in pejus*.

En efecto, la prohibición de adjudicar una pena más grave, en cuanto a especie y cantidad, cuando la sentencia ha sido recurrida solamente

por el procesado o a su favor, dentro de un Estado de derecho sólo puede funcionar si el juez revisado acata su imperativo y función básica de respetar la legalidad de la pena en los límites explicitados por el legislador. Esto por cuanto, si bien la prohibición de *reformatio in pejus* es una manifestación lógica del principio acusatorio, no puede olvidarse que constitucionalmente el proceso penal colombiano quedó diseñado con esa tendencia mas no fue decisivamente definido como tal, pues, si se observa el mismo artículo 31 fundamental, allí se conservó la posibilidad de la consulta de las sentencias judiciales y también se previó institucionalmente, ya en el artículo 228 *idem*, un deber de los funcionarios judiciales consistente en hacer prevalecer el derecho sustancial en sus actuaciones (la legalidad de la pena lo es), rasgos estos que son inquisitivos y se establecen en favor no sólo del individuo penalmente perseguido sino también de la sociedad y el Estado de derecho.

Sin embargo, es necesario aclarar que el respeto a la legalidad penal se impone como medida de la reserva legislativa, es decir, cuando el juez arbitrariamente tienda a sustituir al legislador, mas no en aquellos aspectos en los que el mismo titular de la producción legislativa habilita al funcionario para hacer valoraciones o ejercer una discrecionalidad judicial. Es lo que ocurre con el sistema de regulación de la pena, que en nuestro ordenamiento jurídico se prevé como una determinación legal relativa, pues la ley señala unos márgenes insuperables, marcados por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el juez puede adecuar la pena a las concretas circunstancias del hecho y el autor.

Sólo se entiende violada la legalidad cuando se restringen o desbordan los límites máximo y mínimo establecidos en cada tipo legal (por debajo del mínimo o por encima del máximo legal). Nótese que el artículo 26 del Código Penal, que regula la pena aplicable en caso de concurso delictivo, prevé que la sanción más grave se aumentará "hasta en otro tanto", margen amplio de discrecionalidad que el juez de primera instancia cubrió con ocho (8) meses, pero que para el Tribunal debía llenarse con un incremento de doce (12) meses.

Aunque ese espacio de discrecionalidad está reglado en el artículo 61 del Código Penal, este precepto contiene pautas pero no cifras exactas, razón por la cual, aún así, persiste un arbitrio o paréntesis de valoración que podrían declarar cumplido tanto el juez como el Tribunal, pues ambos funcionarios judiciales justifican la cuantía del incremento punitivo en ese poder de selección basado en distintas pero plausibles percepciones de la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente y el número de hechos punibles concurrentes.

La revisión de valoraciones, algo que está más allá de cantidades fijas o de límites máximos y mínimos establecidos por el legislador, comporta una violación del principio de independencia y autonomía judicial (art. 230 Const.

Pol.), pues esta clase de incidencias están proscritas en el examen funcional de las sentencias condenatorias, siempre que el acusado sea recurrente único u otro sujeto procesal impugne en su favor.

En consecuencia, se casará de oficio la sentencia revisada para volver la pena a las cantidades establecidas en el fallo de primera instancia, esto es, treinta y seis (36) meses de prisión y multa por valor de mil quinientos pesos ($1.500.oo). También se regresará al acordado subrogado de la condena de ejecución condicional, pues ni este beneficio ni las señaladas penas podían haber sido modificadas en perjuicio del procesado, cuyo único interés fue el que se enarboló en el recurso. Para este último fin, se mantendrá la vigencia de la caución antes prestada y no se expedirán las órdenes de captura indicadas por el Tribunal.

Como la pena de suspensión en el ejercicio de la profesión de motorista se puso por el Tribunal en su denotación legal, como principal y no accesoria, y además se redujo en su duración, tal cambio no tiene incidencia en el derecho fundamental de la prohibición de *reformatio in pejus* y por ello no se revisará oficiosamente.

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. Desestimar los cargos formulados en la demanda de casación presentada en contra del fallo antes indicado.

2. Casar parcialmente y de oficio la sentencia de segunda instancia fechada el 28 de abril de 1995, obra del Tribunal Superior de Cali, y en consecuencia:

2.1 Se modifica el numeral 1° de la parte resolutiva, sólo para fijar la pena principal en treinta y seis (36) meses de prisión y multa por valor de mil quinientos pesos ($ 1.500.oo). La suspensión en el ejercicio de la profesión de conductor subsiste en los términos señalados por el Tribunal.

2.2 Se revoca parcialmente el numeral 2° de la resolución, sólo para indicar que se concede al procesado la condena de ejecución condicional y, en consecuencia, no se devolverá la caución prendaria ni se librarán las órdenes de captura allí dispuestas. El período de prueba y demás condiciones y obligaciones impuestas al procesado, serán las que se habían señalado en la sentencia de primer grado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE HECHO/ SANA CRITICA

Una vez más debe la Corte precisar que cuando se plantea en sede extraordinaria violación indirecta de una norma de derecho sustancial por errores de hecho en la apreciación de las pruebas, se impone para el demandante la obligación de concretar la naturaleza del vicio, puesto que esta clase de yerro puede llegar a presentarse por omisión o suposición del medio, por distorsión de su expresión material, o por desconocimiento de los postulados de la sana crítica en la valoración de su mérito.

Reiteradas han sido las decisiones de la Corte donde ha sostenido que el error de hecho originado en la apreciación judicial del mérito de las pruebas, capaz de conmover los cimientos fáctico jurídicos de la sentencia, surge de la comprobada y grotesca contradicción entre la valoración realizada por los falladores de instancia y las reglas de la sana crítica, no de la disparidad que pueda llegar a presentarse entre la estimación judicial y la pretendida por el impugnante.

Por eso, cuando se propone esta clase de error en sede de casación, resulta imprescindible demostrar que la valoración realizada por los funcionarios judiciales transgrede abiertamente los postulados de la experiencia, la lógica, o la ciencia, y que esta forma de justipreciar el mérito de la prueba condujo a una sentencia ilegal.

Los enunciados generales sobre la precariedad persuasiva de los elementos de juicio que sirvieron de sustrato al fallo recurrido, y la pretendida solvencia demostrativa de los que no lo fueron, no constituyen en criterio jurisprudencial fundamento válido para sustentar el recurso extraordinario, como no pueden serlo tampoco los cuestionamientos por supuestos atentados a una lógica manejada con criterio personal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá. D. C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Proceso No. 10813

Aprobado acta No.69

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de noviembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a los procesados Luis Antonio Contreras y María Damaris Ospina Sánchez a la pena principal de 22 meses de prisión como autores responsables de los delitos de fraude procesal y estafa en la modalidad de tentativa.

Hechos y actuación procesal.

Mediante escritura pública No. 96 de enero 28 de 1985, de la Notaría Unica del Círculo de Fusagasugá, Luis Antonio Contreras constituyó hipoteca en primer grado sobre el inmueble de su propiedad distinguido con el No.16B-28 de la carrera 11 de la referida localidad, en favor de Noé Sierra, garantizando un préstamo de dinero de dos millones de pesos (fls.44 y ss-1).

En vista del reiterado retraso en el pago de los intereses convenidos, Noé Sierra demandó ejecutivamente el 8 de julio del mismo año al mutuario, en el Juzgado Unico Civil del Circuito del lugar, con el fin de obtener el pago del capital y los intereses causados, proceso dentro del cual el Juzgado emplazó a la parte demandada, le designó curador *ad litem*, y mediante proveído de 7 de diciembre de 1988 decretó el remate del bien hipotecado, señalando el 23 febrero de 1989, a las 2 de la tarde, para su cumplimiento (fls 49, 52, 63, 71 y 86 vto. 1).

El 13 del referido mes de febrero (diez días antes de la fecha señalada para la diligencia de remate), María Damaris Ospina Sánchez y Luis Antonio Contreras se presentaron a la Inspección del Trabajo de Fusagasugá, en calidad de "demandante y demandado", respectivamente, con el fin de resolver una reclamación de carácter laboral. En el curso de la audiencia, la requirente afirmó haber trabajado con el señor Contreras desde el 1° de enero de 1980 al 15 de julio de 1988, como administradora de unas fincas en la región de Sumapaz, haber sido despedida sin justa causa, y haber recibido sólo veinticinco mil pesos ($25.000) por concepto de prestaciones. Por tanto, pidió liquidar el crédito con inclusión de prestaciones, indemnización por despido injusto, vacaciones, salarios caídos e intereses, teniendo en cuenta que para el mes julio de 1988 devengaba un sueldo de ciento cincuenta mil pesos. El demandado, se allanó a las pretensiones de la reclamante, comprometiéndose a pagar $6'184.000.oo el día siguiente (14 de febrero), a las 4 de la tarde, en la finca La Esperanza del Municipio de Fusagasugá (fls.182-1).

El 15 de febrero (un día después de vencido el plazo convenido para el pago de la obligación laboral), María Damaris Ospina Sánchez, a través de apoderado, demandó ejecutivamente a Luis Antonio Contreras ante el Juz-

gado Civil del Circuito de Fusagasugá, teniendo por título la mencionada acta de conciliación laboral, y solicitó el embargo "del remanente de los bienes que se llegaren a desembargar dentro del ejecutivo con título hipotecario de Noé Sierra vs. el demandado" (fls.183-1).

El Juzgado, mediante providencia de 17 de febrero siguiente, libró orden de pago en contra del ejecutado, y por auto de febrero 22 dispuso el embargo pedido por la parte demandante. El 9 de marzo, Luis Antonio Contreras se notificó personalmente del mandamiento de pago, renunció al término de excepciones y pidió la liquidación del crédito, la cual se cumplió el día 13 de abril (fls.187, 188, 188 vto. y 190-1).

Enterado Noé Sierra de la suscripción del acta de conciliación y la iniciación del proceso ejecutivo laboral respectivo, formuló en los primeros días del mes de marzo del citado año, denuncia penal en contra de Luis Antonio Contreras y María Damaris Ospina Sánchez, por el delito de fraude procesal, afirmando que se trataba de una maniobra fraudulenta orientada a entorpecer la diligencia de remate en el proceso ejecutivo hipotecario (fls.1 ss. 1).

Iniciada la investigación por estos hechos, se estableció que María Damaris Ospina Sánchez participó en la subasta realizada dentro del referido proceso hipotecario, en calidad de oferente, para cuyo efecto aportó un título judicial por valor de $1'200.000.oo (correspondiente al 20% del avalúo del bien), obteniendo su adjudicación por la suma de $5'800.000.oo, con el compromiso de consignar la diferencia dentro de los tres días hábiles siguientes a la diligencia (fls. 105-1).

En la misma fecha, su abogada adjuntó copia de la liquidación de la acreencia laboral, y solicitó al Juzgado tenerla en cuenta para los fines previstos en el artículo 542 del estatuto procesal civil, así como la condición de acreedora de mejor derecho de su representada (fls.101 y 103-1). Demandó, así mismo, en memorial fechado del día siguiente (fls.107), tener en cuenta como pago del bien el valor de la liquidación realizada en favor suyo dentro del proceso ejecutivo laboral.

El 25 de mayo el Juzgado improbó el remate debido a que la adjudicataria no consignó el remanente en el plazo estipulado, y aceptó tener la liquidación de la acreencia laboral para los fines del artículo 542 *ejusdem* (fls.109, 118-1). Entre tanto, en el proceso ejecutivo laboral, la parte actora obtenía el embargo "del producto del remate que se pueda causar" dentro del ejecutivo hipotecario de Noé Sierra contra Luis Antonio Contreras (fls.198 y 199 vto *ibidem*).

En indagatoria, Luis Antonio Contreras reafirma la vinculación laboral de la señora María Damaris Ospina Sánchez como administradora de varias de sus fincas durante aproximadamente ocho años, y acepta adeudarle los valores por ella reclamados por concepto de prestaciones y sueldos. Sostiene que debió despedirla porque ya no cumplía con sus labo-

res, y que su vinculación era personal, no con "Pronavi Ltda.", una empresa constituida con sus hijos. Concilió y se comprometió a pagar en la fecha pactada porque ese día debían hacerle entrega de un dinero, pero le incumplieron, y cuando lo tuvo, María Damaris no lo quiso atender (fls. 136 y 142-1).

Afirmaciones similares hizo en su injurada María Damaris Ospina Sánchez, aun cuando inicialmente sostiene que en su condición de administradora era la encargada de manejar la empresa "Pronavi Ltda.", donde trabajó desde 1980 a 1988. Empezó devengando un sueldo de $50.000.oo y terminó con uno de $150.000.oo (fls.159-1). En versión posterior, afirma que laboralmente no dependía de "Pronavi Ltda.", sino de Luis Antonio Contreras, y que los sueldos nunca se los pagaba completos. El dinero consignado para poder hacer la postura en el proceso ejecutivo hipotecario provenía básicamente de un pago que su patrón le había hecho meses antes por concepto de sueldos atrasados (un millón de pesos), los que después de un tiempo prestó a un hermano suyo, quien se los devolvió cuando la abogada le dijo que hiciera la consignación. Al ser interrogada por el cheque con el cual Luis Antonio Contreras le hizo dicho pago, según lo afirmado por ella misma en el acto de la conciliación ("el día primero de agosto me dio un cheque por valor de un millón de pesos pero de ese dinero me debía seis sueldos y medio"), respondió: "Yo siempre he dicho que he recibido un millón de pesos en efectivo, si escribieron un cheque, no es culpa mía" (fls.307). Finalmente sostiene que demandó laboralmente a su patrón porque se cansó de buscarlo y porque su abogada se lo aconsejó (fls.302 y ss. 1).

Al proceso fueron allegados el certificado de existencia y representación legal de "Procesadora Nacional Avícola Pronavi Ltda"; las nóminas para pago de sueldos correpondientes a los años de 1983 y 1984 de la mencionada empresa, donde consta que María Damaris Ospina Sánchez recibía salarios mensuales de $16.000.oo y $20.000.oo pesos; y, comprobantes de egreso de "Nacional de Recría", empresa de propiedad de Luis Antonio Contreras, no constituida legalmente (fls.254 y ss. y 21-3).

Se aportó también certificación del Instituto de Seguros Sociales de Cundinamarca, donde se hace constar que la señora María Damaris figura inscrita bajo el patronal No. 01 006126703 de la empresa "Pronavi Ltda.", con fecha 6 de febrero de 1984, habiendo sido retirada según novedad incluida en la facturación del mes de julio del mismo año (fls. 58-2).

Del proceso hacen igualmente parte las versiones de Vilma Bustos Téllez (fls. 22-2), Yesid Bustos Téllez (fl. 27-2), Ana Cecilia Contreras (fls. 33-2), José Antonio Oscar Contreras (fls. 37-2) y Víctor Manuel Contreras (fls. 40-2), los dos primeros trabajadores de Luis Antonio Contreras y los otros hermanos suyos, quienes se refieren a las labores realizadas por María Damaris como empleada de este último.

Por auto de 7 de noviembre de 1990 el instructor resolvió la situación jurídica de los imputados con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de fraude procesal, decisión que fue adicionada por el *ad quem* para hacerla extensiva al delito de estafa en el grado de tentativa (fls.201 y 327-1), y mediante providencia de mayo 18 de 1993, profirió resolución acusatoria en su contra por los referidos delitos (fls.149-3).

Rituada la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá condenó a los procesados a la pena principal de veintidós meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautores responsables de los delitos de fraude procesal y estafa en el grado de tentativa, conforme a los cargos imputados en la resolución de acusación (fls. 64-5).

Apelado este fallo por los apoderados de los procesados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante el suyo que recurre en casación el defensor de Luis Antonio Contreras, lo confirmó en todas sus partes, adicionándolo en el sentido de informar de la decisión adoptada al Juzgado Unico Civil del Circuito de Fusagasugá, para que adopte los correctivos pertinentes en orden al restablecimiento del derecho del denunciante Noé Sierra (fls. 58 cuaderno del Tribunal).

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 35, 36, 182, 22, 26 y 356 del Código Penal, debido a errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo del cargo sostiene que en la resolución acusatoria como en los fallos de instancia se incurrió en el grave error de darle entera credibilidad a los documentos que reposan a folios 245 y siguientes del cuaderno No.1 (nóminas de Pronavi y comprobantes de egreso de "Nacional de Recría" principalmente, aclara la Sala), pues de su análisis no se puede concluir que María Damaris haya estado vinculada laboralmente sólo durante el tiempo en ellos relacionado, sobre todo si se tiene en cuenta que dichos documentos fueron aportados por el defensor de ésta, quien seguramente adjuntó los que tenía en su poder, o los que consideró necesarios.

Sabido es, de otra parte, que la carga de la prueba le corresponde al Estado, y si el procesado no allegó documentación para probar sus dichos, correspondía hacerlo a los funcionarios judiciales; de allí que se haya transgredido el principio de imparcialidad en la búsqueda de la prueba, consagrado en el artículo 247 del estatuto procesal.

La afirmación de su representado, en el sentido de que parte de los recibos desaparecieron de una de las fincas, pero que todavía conserva

algunos de ellos, aunque no puede precisar dónde, no fue desvirtuada por el Estado, debiendo hacerlo, bien averiguando por la denuncia penal que dijo haber presentado por la mencionada pérdida, ora requiriéndolo para que los allegara, y si no lo hizo, "es problema del proceso y no de mi defendido" (fls. 109).

Se incurrió, por este modo, en un error de hecho en la apreciación de la prueba, debido a que la sentencia le dio entera credibilidad a unos pocos documentos privados allegados al expediente por un sujeto procesal distinto de su defendido, sin haber desvirtuado las aseveraciones de éste, como se advierte de la afirmación de los juzgadores en el sentido de que los testimonios allegados al proceso no desvirtúan "lo demostrado con la prueba documental".

Seguidamente, le niega toda credibilidad a las declaraciones de los hermanos Yesid y Vilma Bustos Téllez, por existir "sentimientos de lealtad y gratitud que hacen sospechosas sus afirmaciones", violando de esta manera lo previsto en el artículo 294 del estatuto procesal, que señala los parámetros para apreciar un testimonio, e impone el análisis conjunto de las pruebas.

Otro tanto sucede con los testimonios de los hermanos Contreras, los que desestima por considerarlos vagos e imprecisos, argumentando que no logran comprobar funciones, sueldos, ni fecha de terminación del contrato, información que no tenían por qué conocer los declarantes, puesto que no eran contadores ni liquidadores de nómina para saberlo.

Respecto de la diferencia existente entre los salarios mínimos legales correspondientes al tiempo que María Damaris laboró con el acusado, y los devengados por ella en las misma época, sabido es que los patronos pueden pagar más allá de ese límite en situaciones especiales. Luego mal puede el fallo, frente a esta libertad patronal, construir un indicio de responsabilidad a partir de este supuesto fáctico.

Relativo es también el cuestionamiento al sueldo de $150.000.oo devengado por María Damaris en razón al hecho de tener apenas grado de educación media básica, pues personas con menos estudio, pero con habilidades para determinadas actividades, pueden devengar mucho más, y no puede perderse de vista las funciones por ella desempeñadas.

Se transgreden igualmente los artículos 300 a 303 del estatuto procesal, al tener por indicio la premura en el trámite de la reclamación laboral, pues lo afirmado por los juzgadores no es lo que dice la prueba, ya que para el 24 de febrero todavía no se había trabado la litis, por no haber sido notificado aún el demandado, ni se encontraba ejecutoriado el auto que ordenaba el embargo y secuestro. Además no fue el procesado, sino el apoderado de la parte actora dentro del proceso ejecutivo hipotecario, quien solicitó el aplazamiento del remate. De haberse realizado

éste en la fecha inicialmente señalada (febrero 24), el bien habría quedado seguramente en otras manos, o en las del acreedor.

Las mismas falencias deben predicarse del fallo de segunda instancia, como quiera que se fundamenta en los mismos criterios, indicios y apreciaciones del *a quo*, aun cuando admite la existencia de "Nacional de Recría", pero incurre en el mismo error de hecho del juzgador de primera instancia de apreciar aisladamente la prueba documental (nóminas, afiliación al seguro social y registro en la cámara de comercio de Pronavi).

Es más, se concluye que las fincas de propiedad del procesado constituían una unidad de empresa, pero en el expediente por parte alguna se encuentra que "Pronavi" o "Nacional de Recría" sean las dueñas. Por eso, no puede ser motivo de reproche que su defendido actuara a título personal en la conciliación laboral con Damaris, si había trabajado para él y para Pronavi, pues la empresa funcionó antes de su legalización, y para dicho ente "no oficial" fue que laboró la coprocesada.

Apoyado en estas consideraciones pide a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a Luis Antonio Contreras de los cargos imputados en la resolución acusatoria, teniendo por fundamento que los delitos de fraude procesal y estafa no fueron cometidos.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado considera que el escrito impugnatorio no cumple los presupuestos mínimos de naturaleza formal y técnica requeridos para su estudio de fondo, y que esta circunstancia resulta suficiente para su desestimación.

Advierte cómo desde los albores de su alegación, el censor, no obstante haber denunciado la existencia de un error de hecho, que presupone desaciertos en punto a la apreciación material de la prueba, entra a reprochar directamente la valoración que de ella hicieron los juzgadores en los fallos de instancia, incursionando de esta manera en una nueva e inaceptable controversia probatoria.

Esto se deduce con claridad del contenido del ataque, en cuanto está orientado a cuestionar básicamente el valor probatorio otorgado en las sentencias a la prueba documental (nóminas y afiliación al seguro social), y de la pretensión final del libelista de que sean sus conclusiones valorativas, y no las de los juzgadores, las que deban presidir la decisión de mérito.

Semejante propuesta es completamente extraña al recurso extraordinario, puesto que desconoce uno de los principios básicos de la casación, como es la presunción de acierto y legalidad que ampara las decisiones judiciales que llegan a esta sede, cuyo manto debe ser descorrido por el censor "como requisito primordial para viabilizar un estudio de fondo del problema plan-

teado, pero eso sí, ciñéndose a las pautas que el mismo legislador consagra, dentro de las cuales no se encuentra el controvertir el valor que integralmente se le otorga al recaudo probatorio, siendo ello coherente con la normatividad, en la medida que nuestros Jueces no se encuentran atados a una tarifa legal sino que por el contrario la libre convicción ilustrada por la sana crítica es el norte para la valoración de la prueba. De ahí, que no sea posible el debate casacional por vía del reproche al valor de la prueba" (fls.9 y 10 cuaderno de la Corte).

Advierte que en el caso objeto de estudio, los falladores, al unísono, dedujeron la existencia del engaño no sólo de la verificación de las nóminas y la constancia de afiliación, sino también de la prueba indiciaria que logró estructurarse en contra de los procesados y que terminó por arrojar certeza de su responsabilidad penal en los hechos investigados.

Pide, en consecuencia, desestimar la censura.

SE CONSIDERA

Una vez más debe la Corte precisar que cuando se plantea en sede extraordinaria violación indirecta de una norma de derecho sustancial por errores de hecho en la apreciación de las pruebas, se impone para el demandante la obligación de concretar la naturaleza del vicio, puesto que esta clase de yerro puede llegar a presentarse por omisión o suposición del medio, por distorsión de su expresión material, o por desconocimiento de los postulados de la sana crítica en la valoración de su mérito.

En el caso *sub judice*, la censura no alude en concreto a ninguna de estas clases de error, y aun cuando por su contenido pudiera pensarse que se orienta hacia la última, distante está de estructurar un cargo susceptible de ser estudiado en casación, pues el demandante no oculta su pretensión de que la Corte se comprometa en un proceso de revaloración probatoria desconociendo la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparado el fallo de segundo grado, ni que sean sus muy particulares conclusiones sobre el mérito persuasivo de la prueba, y no la valoración realizada por los funcionarios judiciales, las que deban presidir la definición del proceso.

Reiteradas han sido las decisiones de la Corte donde ha sostenido que el error de hecho originado en la apreciación judicial del mérito de las pruebas, capaz de conmover los cimientos fáctico jurídicos de la sentencia, surge de la comprobada y grotesca contradicción entre la valoración realizada por los falladores de instancia y las reglas de la sana crítica, no de la disparidad que pueda llegar a presentarse entre la estimación judicial y la pretendida por el impugnante.

Por eso, cuando se propone esta clase de error en sede de casación, resulta imprescindible demostrar que la valoración realizada por los fun-

cionarios judiciales transgrede abiertamente los postulados de la experiencia, la lógica, o la ciencia, y que esta forma de justipreciar el mérito de la prueba condujo a una sentencia ilegal.

Los enunciados generales sobre la precariedad persuasiva de los elementos de juicio que sirvieron de sustrato al fallo recurrido, y la pretendida solvencia demostrativa de los que no lo fueron, no constituyen en criterio jurisprudencial fundamento válido para sustentar el recurso extraordinario, como no pueden serlo tampoco los cuestionamientos por supuestos atentados a una lógica manejada con criterio personal.

En estos desaciertos e impropiedades incurre el demandante, quien, como se dejó visto en el resumen que se hizo del escrito impugnatorio, se limita a cuestionar las conclusiones probatorias de las sentencias a partir de una postura esencialmente subjetiva, en el equivocado entendido de que su disenso resulta suficiente para estructurar un ataque por la vía extraordinaria, pues insiste en la equivocada valoración probatoria realizada por los juzgadores de instancia, pero omite entrar a demostrar de qué manera la evaluación por ellos efectuada desconoció los postulados de la sana crítica, siendo una constante la intención de hacer prevalecer su personal criterio valorativo de la prueba sobre el del órgano judicial.

Semejante pretensión, como acertadamente lo anota el Procurador Delegado en su concepto, resulta inaceptable si se tiene en cuenta que en el seno de la casación no es posible replantear controversias probatorias, y que a la Corte no le es permitido desconocer la valoración realizada por los juzgadores de instancia, simplemente porque el demandante considera que la suya es de mejor estirpe.

Evidencia inequívoca del carácter esencialmente controversial y subjetivo de la censura, lo constituye la crítica a la valoración que los juzgadores hicieron de la prueba documental, fundamentalmente de las nóminas de pago, cuyo análisis fue ignorado completamente por el demandante.

Como se recuerda, su alegación en este punto se circunscribe a una estimación sobre el principio de la carga de la prueba y de la obligación que tenían los funcionarios judiciales de verificar las afirmaciones del procesado relativas a la pérdida de buena parte de los documentos de la empresa, para finalmente denunciar el quebrantamiento del principio de investigación integral, con lo cual el ataque deja de tener por fundamento un error de juicio, para apoyarse en un vicio *in procedendo*, susceptible de ser alegado sólo por la vía de la causal tercera.

Revelador también de la manera interesada como el casacionista asume el examen de la prueba incriminatoria, es el análisis fragmentario que hace de la misma, y los argumentos que exhibe para explicar los exagerados sueldos que según el recaudo probatorio habría devengado María Damaris durante su vinculación laboral, las injustificadas indemnizaciones

reconocidas en su favor, la celeridad en el trámite del proceso laboral, y su intervención en el ejecutivo hipotecario, los cuales contrastan con las más elementales reglas de la lógica y la experiencia, y que, lejos de favorecer sus pretensiones, terminan por relievar la seriedad y solidez de los planteamientos expuestos por los juzgadores de instancia.

En síntesis, el escrito impugnatorio no tiene la virtualidad de inquietar el ponderado análisis probatorio que sirvió de fundamento a las conclusiones del fallo, cuyos principales apartes son del siguiente tenor:

"Los elementos de juicio atrás reseñados evidencian una verdad de canto, cual es el vínculo laboral entre la señora Ospina Sánchez y el señor Contreras, pero no, como de alguna manera pudiera pensarse, que lo fue en las condiciones estipuladas ante el funcionario del trabajo.

"Se ha pretendido a través de la prueba testimonial demostrar, que la trabajadora ingresó a los servicios de Luis Antonio Contreras de alguna de sus empresas el 1° de enero de 1980, cuando la prueba documental, idónea para el efecto, nos enseña que el contrato laboral tuvo su inicio a finales de agosto de 1983 y miremos por qué: Revisadas minuciosamente las nóminas de sueldo que hacen parte del expediente, se pudo establecer que en la quincena comprendida entre el 16 y 31 de agosto de 1983 se le cancelaron ocho (8) días de sueldo, sin que aparezca María Damaris relacionada en las nóminas de la primera quincena de ese mes y menos en la de julio anterior.

"Entonces, si la trabajadora no hizo uso de vacaciones, ni se le concedieron licencias, debió prestar sus servicios durante todo el año, incluso durante todo el semestre. Sin embargo, ello no fue así porque en la nómina de prima se le liquidaron 127 días, que corresponden precisamente a los meses de septiembre a diciembre de 1983, más 7 días del mes de agosto.

"Las mismas relaciones de pago, analizadas en su conjunto, prueban que María Damaris Ospina trabajó para la firma Pronavi Ltda, descartando a Nacional de Reería y como particular de Luis Antonio Contreras, así rezan tales documentos y su inscripción en el seguro social, que entre otras cosas se produjo el 6 de febrero de 1984 y se canceló en el mes de julio de ese año.

"Si confrontamos la fecha de constitución de la firma Pronavi Ltda., 21 de julio de 1981, la de inscripción de la trabajadora en el seguro social, 6 de febrero de 1984, y las nóminas de sueldo, figurando relacionada María Damaris a partir de agosto de 1983, en manera alguna puede aceptarse que esté probado que su relación laboral surgió el 1° de enero de 1980, porque en esa época no había nacido a la vida jurídica Pronavi Ltda, su inscripción en el seguro se produjo en esa razón social, cinco meses después de aparecer en las relaciones de pago, tiempo prudencial en el trámite administrativo, que no lo sería si en realidad su vinculación ocurrió en enero de 1980, elementos de convicción que en cambio sí resaltan que la

relación tuvo vigencia a partir del mes de agosto de 1983, no como se pregona.

"Los testimonios que apuntan a corroborar que María Damaris Ospina estuvo vinculada en los términos señalados en el acta de conciliación, no alcanzan a desvirtuar lo demostrado con la prueba documental. Es cierto que los hermanos Yesid y Vilma Bustos Téllez han manifestado, bajo juramento, que conocieron a María Damaris durante ocho años como administradora de los negocios de Luis Antonio Contreras, como también lo es, que se han mostrado como acreedores del mismo patrón en circunstancias parecidas a la anterior. Pero sujeta la valoración del testimonio a la sana crítica, lógico resulta pensar que si los deponentes conocieron a Contreras por 20 años, que han trabajado para él otros tantos y que además su familia recibió en cesión un lote cuando se hallaban en una precaria situación económica, exista sentimientos de lealtad y gratitud que hacen sospechosas sus afirmaciones y le restan credibilidad.

"La misma apreciación merecen los testimonios de los hermanos Contreras, que si bien son concordantes en sostener la relación laboral entre los procesados, sus declaraciones son vagas e imprecisas respecto de la firma para la cual trabajaba María Damaris, cuáles eran sus funciones, cuál el sueldo y los motivos de la terminación del contrato, dejando todos traslucir un ánimo de no comprometerse. Así, pese a la pluralidad de testimonios, ninguno de ellos aparece libre de sospechas y por lo mismo no sirven en forma idónea de soporte a las afirmaciones de los procesados.

"De hecho, resulta claro que María Damaris Ospina Sánchez faltó a la verdad al sostener ante el funcionario de trabajo que su ingreso laboral fue el 1° de enero de 1980 e hizo lo mismo al afirmar un salario inicial de cincuenta mil pesos y uno final de ciento cincuenta mil pesos, cuando tales sumas aparecen exageradas.

"Relata el proceso, concretamente el acta de indagatoria de María Damaris Ospina que su grado de instrucción alcanzó el sexto de bachillerato, que en la fecha de su versión (18 de septiembre de 1990), dos años después de la terminación de su contrato, recibe ingresos mensuales de cincuenta y ochenta mil pesos, y que en 1988 devengó ciento cincuenta mil pesos.

"Es exorbitante la suma de cincuenta mil pesos que dice devengaba en 1980, como quiera que cincuenta mil pesos equivalen a once salarios del mínimo mensual legal establecido, que en ese año era de $4.500.oo. Y qué no decir, de ciento cincuenta mil pesos en 1988, equivalente a 6 salarios mínimos de $25.637.40, cuando dos años después, en 1990, percibe la misma suma que dice devengó en 1980. No se compadece entonces, el

sueldo que afirma devengó a la cancelación del contrato con su grado de instrucción, ni con la actividad que en similares términos desempeñó José Antonio Contreras, con asignación de $35.000.oo en 1987 y, menos aún con la crisis económica que afrontaba Luis Antonio, ya que en 1984 sobrevino en quiebra con desajuste patrimonial de casi cien millones de pesos como lo declaró su hermano Víctor Manuel.

"En cambio, sí se encuentra ajustado el salario de dieciséis y veinte mil pesos, base de su liquidación en los años de 1983 y 1984, con los mínimos establecidos, $9.261.oo y $11.298.oo. Ahora bien, de las razones de la terminación del contrato, sostiene el patrono Luis Antonio Contreras, que ocurrió por causas justas, dado en incumplimiento de la trabajadora, en estos términos no habría lugar a indemnización por despido injusto. De la fecha, se advierte por los conciliadores, que fue el 15 de julio de 1988, sin embargo no existe prueba suficiente que así lo demuestre, *contrario sensu*, obra prueba que determina que la afiliación al seguro social fue cancelada con facturación de julio de 1984, de donde se infiere que por esa época cesó su condición de empleada de la firma Pronavi Ltda.

"Ha sido punto neurálgico de la intervención de la defensa, demostrar que María Damaris trabajó como administradora de todos los negocios de Luis Antonio Contreras, o lo que es lo mismo, para él, aportando algunos comprobantes de egreso de la firma 'Nacional de Recría', ello con un propósito determinado, justificar $150.000.oo de sueldo a la fecha de retiro. Pero aún, aceptando en gracia de discusión la administración que afanosamente se pregona, por sí sola no evidencia el salario demandado, cuando José Antonio Contreras dice haber administrado una de las fincas, pero con asignación de $35.000.oo mensuales. Así, nada resta a lo ya considerado.

"Todo lo anterior lleva a concluir, que lo sostenido por María Damaris Ospina y aceptado por Luis Antonio Contreras no está ceñido a la realidad, pues lo único de lo declarado ante el Inspector del Trabajo que logró demostrarse fue el vínculo laboral que existió entre las partes, pero no los términos de la conciliación. En efecto, está probada una relación laboral que tuvo vigencia durante los años 1983 y 1984, ello con un salario mensual de dieciséis y veinte mil pesos, respectivamente. Pero además, aparece evidenciada la actitud complaciente de Luis Antonio Contreras para su ex trabajadora, cuando aceptó una obligación de $1'075.000.oo a manera de indemnización por despido injusto y $1'050.000.oo por salarios caídos, cuando en indagatoria fue contundente al afirmar que la terminación de la actividad laboral sobrevino por causa justa.

"De suerte, que la acreencia laboral aceptada por el procesado ante el funcionario de trabajo se muestra como un medio fraudulento, previamente fraguado, para confeccionar un acto jurídico supletorio del contrato escrito y hacerlo valer ante el Juez Civil del Circuito como título ejecutivo.

(...)

"Miremos cómo la conducta asumida por los acusados dentro del ejecutivo laboral, entrañó un claro propósito, lograr que el bien embargado en el proceso hipotecario pasara al patrimonio de María Damaris, en perjuicio de los intereses de Noé Sierra.

"El 7 de diciembre de 1988, el Juzgado Civil del Circuito ordena como fecha de rémate el 23 de febrero de 1989. El día 13 del mismo mes, próximo al remate, María Damaris y Luis Antonio comparecen a la Inspección del Trabajo, comprometiéndose el patrono, a cancelar al día siguiente la suma de $6'184.000.oo. El 15 de febrero siguiente, su extrabajadora lo demanda por vía laboral, éste se notifica el 9 de marzo, renuncia a términos y solicita la liquidación del crédito. El 4 de mayo, nueva fecha para el remate. María Damaris hace mejor postura y se le adjudica el inmueble, pero al día siguiente concurre su apoderada al juzgado y solicita, que en el remoto caso de no consignarse por su poderdante el saldo se tenga en cuenta como pago el valor de la liquidación laboral, el Juzgado imprueba el remate y no accede a la petición por improcedente.

"Materia suficientemente controvertida en el proceso e indicativa de la maniobra fraudulenta, que próximo a la fecha de remate se conciliara la reclamación laboral, pese al transcurso de 7 meses de la terminación del contrato. Más señalativo aún, que el demandado renunciara a términos solicitando la liquidación del crédito, porque el proceso siguió su curso sin que éste pagara la obligación, hecho elocuente que esa no fue la finalidad, pero sí, la de agilizar su trámite para asegurar la maniobra" (Sentencia de primera instancia. Fls.73 a 81-5).

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado (E), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FISCAL-Cambio/ SUJETO PROCESAL

La determinación administrativa de cambiar el fiscal que venía actuando se tomó por la autoridad competente, y aunque es una facultad interna de la Fiscalía no controvertible por los sujetos procesales, si a alguno le parecía que la motivación era insuficiente, o que tenía alguna observación al respecto, ha debido decirlo en ese momento, pues la actuación cumplida por el fiscal es válida mientras la resolución se mantenga vigente, de tal manera que carecería de objeto entrar en este momento a analizar sus formalidades.

Desatinado resulta exigir -como lo hace el actor- una orden expresa del Juzgado del Circuito al momento de avocar el conocimiento, o en el curso de la actuación posterior, en la que se reconociera a la Fiscalía 31 Delegada como sujeto procesal, pues como se acaba de ver en la norma transcrita, esa calidad se la otorga la ley al fiscal que viene actuando en el sumario y no necesita de reconocimiento expreso por parte del juez.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Proceso No. 10280

Aprobado Acta No. 69

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Ariel Cocoma Gutiérrez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Lérida, que condenó al aquí recurrente, entre otros, a la pena principal de cinco (5) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio en la modalidad de tentativa, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, al pago de los perjuicios en la forma allí especificada, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Fueron resumidos por el *a quo* así:

"A las cinco de la tarde del sábado 26 de diciembre de 1992, en el bar "El Danubio", ubicado en el centro del municipio de Anzoátegui, se encontraba Luis Germán Mora Flórez en compañía de su hermano Luis Antonio y otros amigos departiendo y tomándose unas cervezas cuando llegaron los hermanos Jairo y Alonso Cocoma Gutiérrez y se ubicaron en una mesa contigua. Desde allí Jairo Cocomá llamó a Luis Germán Mora y en forma agresiva le cobró catorce mil pesos ($14.000.oo) que le adeudaba por concepto de intereses de un préstamo de dinero ya saldado. Se inició entonces una discusión que terminó en una inmensa trifulca en la cual fue muerto a tiros de revólver Germán Mora y heridos su hermano Luis Antonio y los hermanos Jairo y Alonso Cocomá; un consanguíneo de estos últimos -Ariel Cocomá Gutiérrez-, quien participó activamente en la reyerta, huyó una vez conocido el resultado de la misma."

Actuación Procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de Anzoátegui (Tolima) declaró abierta la investigación, pero aduciendo que no era competente para continuar adelantándola ordenó remitir el expediente a la Unidad Seccional de Fiscalías No. 34 de Lérida (Tolima).

La Fiscalía mencionada avocó el conocimiento y vinculó mediante indagatoria a los hermanos Jairo y Alonso Cocomá Gutiérrez y a Luis Antonio Mora Flórez, a quienes les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional. Además declaró persona ausente al implicado Ariel Cocoma Gutiérrez y decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presunto autor del delito de homicidio en la modalidad de tentativa, sin excarcelación.

Cerrada la investigación la Fiscalía calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra Jairo Cocomá por los punibles de homicidio y homicidio tentado; y contra Ariel Cocoma Gutiérrez como autor de "TENTATIVA DE HOMICIDIO" en la persona de Luis Antonio Mora Florez. A favor de éste último ordenó precluir la investigación.

La Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, en providencia de julio 2 de 1993, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el pliego de cargos decidió precisarlo así: la acusación contra Jairo Cocomá es como "AUTOR" del homicidio cometido en la humanidad de Luis Germán Mora Flórez, en concurso con el delito de homicidio en la modalidad de tentado. La resolución de acusación contra Alonso Cocomá es en calidad de "Coautor" del delito de homicidio en Luis Germán Mora Florez. Confirmó las demás decisiones.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Lérida conoció de la causa, y luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria contra Ariel Cocoma Gutiérrez en los términos antes expuestos. Condenó igualmente a Jairo Cocomá a la pena de doce (12) años de prisión por el concurso delictual de homicidio consumado y homicidio tentado. A Alfonso Cocomá lo condenó a diez (10) años de prisión como coautor del punible de homicidio consumado.

Apelada la sentencia de primer grado, el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó íntegramente.

La Demanda

Primer Cargo

Con invocación de la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P. el actor ataca la sentencia por considerar que fue dictada en un juicio viciado de nulidad.

La nulidad se circunscribe a la causal segunda del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por violación de los artículos 122, 125 y 444 del mismo estatuto, y de los artículos 3, 19 y 20 del Decreto 2699 de 1991, orgánico de la Fiscalía General de la Nación, por haberse violado el debido proceso conforme al artículo 29 de la C.N., 1o. del Código Penal, y 1o. del ya citado estatuto procedimental.

El Fiscal 34 Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito, con la ejecutoria de la resolución de acusación que profirió, dejó de ser titular de la acción penal en los términos del artículo 24 del C. de P.P., y adquirió a partir de ese momento la calidad de sujeto procesal, como se indica en el artículo 444 de la misma codificación.

En el proceso no hay explicación alguna de por qué el relevo de la Fiscalía 34 Delegada por la Fiscalía 31 Delegada, adscritas a la Unidad de Fiscalía Seccional de Lérida, y especialmente por qué se le asignó a esta última un sumario y apareció actuando en una causa, porque eso era ya este proceso para ese momento.

El Juzgado Primero Penal del Circuito avocó el conocimiento de la causa y ordenó dar cumplimiento al artículo 446 del C. de P.P., pero en ningún momento se ordenó entonces o en el curso de la actuación posterior que se tuviera a la Fiscalía 31 Delegada como sujeto procesal, facultándosele de esta manera su intervención en el proceso.

La audiencia pública se llevó a cabo con esta Fiscalía en calidad de acusador.

Proferida la sentencia de primera instancia fue recurrida ante el Tribunal Superior, Corporación que fijó fecha para llevar a cabo la audiencia pública para la sustentación oral del recurso de apelación, conforme

al artículo 214 del C. de P.P., la que efectivamente se llevó a cabo como se había programado, y a ella no concurrió la Fiscal 34 Delegada en su condición de sujeto procesal legitimado para hacerlo, por haber proferido la resolución de acusación, ni tampoco lo hizo la Fiscalía 31 Delegada, que había actuado en la audiencia pública de juzgamiento. En esta oportunidad actuó el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior, sin designación previa de la Fiscalía General de la Nación por resolución motivada, y sin haber sido reconocido antes o en el mismo acto como sujeto procesal: Simplemente actuó, inclusive sin identificación alguna, como se puede comprobar en el acta correspondiente.

El Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal "actuó en este proceso sin facultad alguna de carácter legal o procesal para hacerlo", según se desprende del contenido de los artículos 122 y 125 del C. de P.P., ya que simplemente desplazó sin motivación alguna al sujeto procesal que a nombre de la Fiscalía General de la Nación debía necesariamente actuar, esto es, la Fiscalía 34 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito. "El Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal...actuó de la misma manera irregular e ilegal, como en su momento lo hizo la Fiscalía 31 Delegada..."

Lo anterior indica que:

"... se ha presentado la causal segunda de nulidad conforme al artículo 304 del Código de Procedimiento Penal por cuanto la actuación del Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, ya que ni antes, ni durante la audiencia para la sustentación del recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, tuvo la calidad de sujeto procesal en los términos de los artículos 24 y 444 del Código de Procedimiento Penal.

"Esta nulidad cobija inclusive el auto de marzo 4 de 1994 proferido por el Tribunal...

"Esta irregularidad procesal, no subsanable en sede de casación, afectó el debido proceso y se puede alegar la nulidad que genera en esta oportunidad procesal como se indica en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal".

La Corte resolvió un caso igual o semejante a este, en sentencia del 26 de septiembre de 1994 con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz, el cual se cita a manera de ilustración y de respaldo jurisprudencial al reproche que se fórmula.

Segundo Cargo

La sentencia de segunda instancia se profirió en un proceso viciado de nulidad, conforme a la causal tercera de casación de que trata el artículo 220 del C. de P.P.

La nulidad se circunscribe a la causal segunda de que trata el artículo 304 del C. de P.P., por haberse violado lo preceptuado en los artículos 329, 72, 73 y 127 de la misma codificación, en concordancia con

los artículos 29 de la C.N., 1o. del C.P. y 1o. del código primeramente citado.

Este cargo formulado como subsidiario se demuestra con el solo examen objetivo del proceso, que comprueba que "no hubo investigación previa o preliminar. Simplemente se declaró abierta la investigación por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Anzoátegui...exactamente dos días después de los hechos materia de investigación y ahora de juzgamiento".

El vicio in procedendo lo radica en que el Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad declaró abierta la investigación a pesar de no ser el funcionario competente para ello, como quiera que dicha competencia para instruir el proceso correspondía al Fiscal Delegado ante los Juzgados del Circuito, según lo preceptuado en los artículos 24, 72, 127 y 329 del C. de P.P.

Para el libelista "...por haberse proferido la resolución de apertura de investigación por un funcionario sin competencia para ello, se ha presentado una irregularidad que afecta de nulidad todo lo actuado desde esta providencia inclusive en adelante."

Tercer Cargo

Ataca la sentencia de segunda instancia en los siguientes términos:

"... se profirió con violación indirecta, por inadecuada apreciación de la prueba allegada al proceso, de la ley sustancial y más concretamente, cuando menos, de los artículos 2, 3, 5, 22, 36 y 323 del Código Penal.

"Este cargo se demarca dentro de la causal primera de casación penal prevista en el artículo 220 del C. de P.P. y se plantea como subsidiario de los dos cargos anteriores".

Afirma que "la sentencia recurrida tuvo en cuenta, casi de manera excluyente," los testimonios de Flor Aleyda Reyes Chinchilla, María Mercedes González Mur, Martha Lucía López Herrera, Noralba Castro Cano y Nayibe Espinosa Jiménez; "pero no se tuvo en cuenta" los restantes medios de convicción, tales como los dictámenes de Medicina Legal obrantes a folios 83 y 424, los testimonios de Luis Antonio Mora Flórez, Neyid Medina Buriticá, Claudio Mayorga Zarta, Santos Moreno Ducuara, Enrique Castro Prada, Miguel Augusto Buriticá Mora, Luis Alberto Cifuentes Castaño, José Alí Quintero Lozano, Wilson Marín Galves, Isidro Fraile Moreno, Magda Maricely Forero Muñoz, Marleny Vargas Arévalo, Martha Rubicla Rodríguez y Hernando Jiménez Sánchez.

De estos testimonios supuestamente ignorados destaca: uno no dió detalle del cual se pueda corroborar la inequívoca intención de matar; otros no hacen cargos al procesado Ariel Cocoma, ni dicen que hubieran tomado parte en los hechos, ni que le vieron arma al bajarse del bus.

Hace un recuento de la forma como bajo su propia óptica ocurrieron los hechos, y seguidamente asevera:

"La ninguna valoración de las pruebas enunciadas, en el punto 4 anterior y la equivocada valoración de las pruebas señaladas en el punto 3 a las cuales se les dió un valor probatorio que no tienen, llevó necesariamente a que se aplicara contra el procesado Ariel Cocoma Gutiérrez tanto el artículo 22 del C.P. como el artículo 323 de la misma codificación."

Seguidamente afirma que ninguno de los 4 requisitos que jurisprudencialmente se han señalado para la "tentativa y a los cuales hace referencia, se da en este caso, pues ni siquiera está probado que al momento de los hechos Ariel portara arma de fuego que la hubiera disparado con intención de matar. Los testigos en que se fundamenta la sentencia dicen que la disparó a la casa y María Elvira Peñarete Uribe dice que le "disparaba en la cara", cosa bien distinta. Del dictamen médico legal se llega a la conclusión que Luis Antonio Mora Flórez jamás estuvo en peligro de muerte, o que esta no se hubiera llevado a cabo por factores ajenos a la voluntad del agente.

De lo anterior concluye:

"Esto indica, en última instancia, que si eventualmente el procesado Ariel Cocoma Gutiérrez hizo uso del arma que supuestamente llevaba consigo, jamás ejecutó ese acto con intención de matar y muy seguramente fue la consecuencia inmediata del impacto sicológico de ver a sus hermanos heridos...

"En todo caso, para efectos de la aplicación de la ley, encontramos que la conducta desplegada en relación con estos hechos, si es que tuvo alguna, de parte de Ariel Cocoma Gutiérrez, esta es atípica, carece de antijuridicidad y no puede predicarse culpabilidad alguna.

"La equivocada valoración de las pruebas reseñadas en los puntos 2 y 3 de este tercer cargo llevó al juzgador de segunda instancia a que se aplicaran contra el procesado Ariel Cocoma Gutiérrez las normas de derecho sustancial citadas antes..."

Finalmente solicita a la Corte que se case la sentencia impugnada, y en el evento de prosperar el primero o segundo cargo, se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se presentó como se indica en el numeral 2 del art. 229 del C. P.P. En caso de que se acepte el tercer cargo, se dicte la sentencia que deba reemplazar la recurrida, conforme al numeral 1o. del artículo antes citado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte el rechazo de las censuras formuladas en la demanda, y por ende, no casar el fallo acusado.

Primer Cargo

En su criterio la actuación no está afectada por los vicios in procedendo a que alude el libelo, por las siguientes razones:

Si bien es cierto que el Fiscal 31 Delegado ante el Circuito no fue quien dictó la resolución de acusación, también lo es que a folio 532 del cuaderno principal obra la respectiva reasignación del proceso por parte del funcionario competente para tal efecto, atendiendo la jerarquización administrativa propia de dicha institución.

El hecho de que en la resolución suscrita por el Coordinador de la Unidad de Fiscalías no aparezcan consignadas las razones que se tuvieron en cuenta para desplazar del proceso al Fiscal 34, y las de habérselo asignado a quien actuó como sujeto procesal durante el juzgamiento -Fiscal 31-, en modo alguno puede catalogarse como una irregularidad sustancial que redunde en detrimento del debido proceso, pues los dos Fiscales Seccionales estaban investidos de jurisdicción y competencia para el conocimiento del mismo, y el citado acto administrativo facultaba a este último funcionario para intervenir en la audiencia pública máxime cuando ella reiteró los planteamientos de la acusación.

Es claro que la facultad delegataria de la función instructiva y acusatoria para cada caso en particular que la ley le ha otorgado al Fiscal General de la Nación al tenor de los artículos 250 de la C.N. y 118 y s.s. del C. de P.P., le permiten directamente o por medios de sus Delegados remover a cualquiera de los fiscales, para lo cual tan solo se exige la correspondiente decisión, siempre y cuando dicho cambio se presente entre funcionarios de la misma jerarquía, tal y como aquí ocurrió.

En relación con la actuación desplegada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, recuerda que el artículo 196B del C. de P.P. adicionado por el artículo 27 de la Ley 81 de 1993, no exige la participación en la audiencia de sustentación del recurso de apelación de los sujetos no recurrentes, sino que la sanción allí dispuesta se supedita a la no comparecencia del apelante a dicha diligencia.

La actuación cuestionada es intrascendente, en tanto la validez de ese acto procesal no depende de la concurrencia de los demás sujetos procesales, siendo irrelevante para la estructura básica de la etapa de juzgamiento la participación del Fiscal Delegado en el desarrollo de la diligencia, aspecto que solo puede tildarse de simple irregularidad, sin que tenga la connotación que pretende darle el casacionista.

En relación con la cita jurisprudencial aludida en el desarrollo de este reproche, el Procurador destaca que la circunstancia que originó la nulidad en ese caso no se identifica con lo aquí alegado. No estando afectada la actuación por los vicios in procedendo a que se alude en el libelo el cargo está destinado a la improsperidad.

Segundo cargo.

En modo alguno se presenta la transgresión del principio del juez natural, siendo plenamente infundada la motivación del reproche. Si bien es cierto que el Juez Promiscuo dispuso la apertura de la instrucción a pesar de no ser el funcionario competente para el efecto, también lo es que acto seguido envió el proceso a la Fiscalía Seccional correspondiente, sin que hubiera desplegado mayor ingerencia en el perfeccionamiento de la misma, en cuanto su actuación se supedita a unos cuantos folios, sin mayor trascendencia respecto a esa etapa procesal.

La investigación fue surtida por el funcionario competente, Fiscal 34 de la Unidad Seccional de Lérida, quien avocó el conocimiento ordenando la práctica de todas las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos, luego la garantía constitucional reflejada en las normas aludidas por el libelista, por manera alguna fue transgredida en perjuicio de Cocoma Gutiérrez.

No por el hecho de que el Juez Promiscuo hubiese invocado en aquella providencia de apertura de instrucción el contenido del artículo 334 del C.P.P. puede menospreciarse lo dispuesto por el Fiscal Seccional en la resolución obrante a folio 25 del C.O., pues en últimas fue con base en ella que la investigación tuvo su verdadero inicio y consiguiente desarrollo.

El cargo deberá ser objeto de rechazo.

Tercer cargo

La alegada violación indirecta de las normas sustanciales citadas en la demanda, corresponde a la proposición de sendos errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia, pues no obstante la ausencia de tal precisión, ello es lo que deja evidenciar el libelo.

Luego de referirse a los supuestos básicos que exige el recurso extraordinario en punto de la proposición y consiguiente comprobación de los yerros invocados en la demanda, destaca que dichas exigencias no fueron cumplidas por el defensor del procesado, como quiera que en el desarrollo de la censura se dedica con criterio subjetivo a discrepar del valor otorgado por el Tribunal a la prueba, lo que redunda hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, viraje que no resulta lógico y muchos menos atendible en casación, en razón a que los medios de persuasión no están sujetos a tarifa, y por ende, el fallador está facultado para apreciarlos de acuerdo con la sana crítica.

No otra conclusión puede extraerse de las afirmaciones plasmadas en el desarrollo del cargo, (cuyo texto transcribe), de las cuales fácilmente puede observarse cómo la inconformidad del recurrente es apreciativa, en cuanto se remonta a la valoración que le imprimió el Juzgador a la prueba referida; así que el fin que persigue es anteponer a toda costa su personal

e individual criterio frente a dicha estimación, olvidando la prevalencia de esta última en razón de la presunción de acierto y legalidad que ampara a los fallos, circunstancia que de todos modos no logra desvirtuar.

Es cierto que en la sentencia no se hace mención expresa de cada uno de los medios de persuasión aludidos por el libelista como omitidos, pero también lo es que en el fallo de primera instancia se observa una relación detallada de cada uno de ellos a lo largo del análisis probatorio, de lo que se deduce que fueron apreciados en conjunto por los falladores dada la unidad inescindible que forman las dos sentencias.

El demandante se ve imposibilitado para demostrar el yerro endilgado, al resultar desacertado el señalamiento de las pruebas supuestamente ignoradas, lo que hace que el cargo no pueda prosperar.

Considraciones de la Corte

Aunque el censor presenta el SEGUNDO CARGO como subsidiario del primero, es claro que no puede tener esa condición, pues se trata también de un ataque por nulidad que de llegar a prosperar afectaría el proceso desde la iniciación de la instrucción, ámbito superior al que comprendería la nulidad planteada en el primer reproche, razón por la cual la Sala se ocupara de las censuras cambiando el orden indicado en la demanda.

Segundo Cargo

Estima el impugnante que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad, debido a que la apertura de la instrucción fue decretada por el Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui sin tener competencia para ello.

Examinando el expediente se encuentra que el homicidio ocurrió en las primeras horas de la noche del sábado 26 de diciembre 1992, en un municipio en donde la única autoridad judicial era el Juez Promiscuo, y aún no se había expedido la Ley 81 de 1993. En estas condiciones, el lunes siguiente éste funcionario recibió el informe de la policía con la denuncia formulada por la señora Flor Aleyda Reyes, el acta de levantamiento del cadáver, y un oficio mediante el cual ponían a su disposición el arma y le comunicaban el lugar en donde se encontraban los heridos, entre ellos el posible autor del crimen.

Ante esto, el mismo lunes 28 de diciembre el Juez dictó un auto en el que dice que declara abierta la instrucción y dispone la práctica de algunas pruebas, de las cuales en esa fecha recibió la ampliación de la denuncia y la declaración de un agente de la policía, y además envió algunas comunicaciones, entre ellas a la Procuraduría Regional, y a la policía del Tolima solicitando vigilancia para los implicados recluidos en el hospital. Al día siguiente, martes 29 de diciembre, mediante oficio No. 810 remitió el proceso a la Fiscalía de reparto en Lérida por competencia, en donde fue recibido el día siguiente y asignado el lunes 5 a la Fiscalía 34.

En la misma fecha en que se le asignó, el Fiscal dictó una resolución en la que dice que avoca el conocimiento de la investigación y para su perfeccionamiento ordena la práctica de numerosas pruebas, y en el último numeral ordena que se le reciba declaración a todas y cada una de las personas que tengan conocimiento de los hechos.

Si bien el Juez Promiscuo dijo en el auto que abría investigación, en la práctica lo único que hizo fue recoger la información para remitirla al día siguiente a la Fiscalía por competencia, y lo que dispuso el Fiscal 34 fue volver a abrir investigación y ordenar de manera general la práctica de diligencias encaminadas a su perfeccionamiento, de ahí que no se ocupó de recaudar las ya ordenadas por el Juez Promiscuo, ni se limitó a decir que asumía el conocimiento.

Aunque hubiera sido más técnico que el Fiscal dijera expresamente que anulaba el auto del Juzgado, en realidad lo que hizo fue acudir a la facultad otorgada por el artículo 13 del estatuto procesal sobre corrección de actos irregulares, pues a partir de que asumió el conocimiento y ordenó perfeccionar la investigación fue que se vincularon los procesados mediante indagatoria, se definió la situación jurídica y se atendieron todas las exigencias probatorias. De ahí que el defensor no pueda señalar ninguna decisión que hubiere tomado el Juez Promiscuo sin competencia, salvo el auto en comento, pero la irregularidad fue subsanada por el Fiscal competente.

En las circunstancias anotadas el reproche será desestimado.

Primer cargo

En este punto la nulidad la fundamenta el impugnante en presuntas irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, las cuales radica en que los Fiscales Treinta y Uno Delegado ante el Circuito y Primero Delegado ante el Tribunal actuaron durante la etapa del juicio "sin facultad alguna de carácter legal o procesal para hacerlo".

En lo que atañe a la supuesta irregularidad generada en la actuación del Fiscal 31 Delegado ante el Circuito de Lérida, necesario resulta hacer las siguientes precisiones:

a. En el caso que nos ocupa el funcionario que llevó adelante la instrucción y efectuó la calificación fue el Fiscal 34 Delegado ante los Juzgados del Circuito de Lérida.

A folio 532 del cuaderno principal obra la resolución de junio 23 de 1993, mediante la cual la Jefatura de la Unidad de Fiscalías de Lérida asignó el sumario a la Fiscalía Treinta y Una Delegada ante los Juzgados del Circuito de esa misma localidad, despacho que en proveído de junio 24 siguiente avocó el conocimiento.

b. La resolución de acusación quedó ejecutoriada el 2 de julio de 1993, cuando fue resuelto el recurso de apelación interpuesto contra ella.

El artículo 444 del Código de Procedimiento Penal dispone: "*Iniciación de la Etapa de Juzgamiento.* Con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento. A partir de ese momento, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación."

Como fácil puede verse, el censor se equivoca cuando afirma que el Fiscal 34 era quien tenía la calidad de sujeto procesal, pues lo cierto es que nunca la tuvo, toda vez que antes de la ejecutoria de la resolución de acusación fue desplazado y el asunto fue asignado al Fiscal 31 por medio de resolución proferida por quien tenía la facultad para hacerlo, luego no cabe la menor duda de que quien adquirió tal calidad al momento de la ejecutoria de la resolución de acusación fue el Fiscal 31 Delegado, quien actuó durante el juzgamiento.

La determinación administrativa de cambiar el fiscal que venía actuando se tomó por la autoridad competente, y aunque es una facultad interna de la Fiscalía no controvertible por los sujetos procesales, sí a alguno le parecía que la motivación era insuficiente, o que tenía alguna observación al respecto, ha debido decirlo en ese momento, pues la actuación cumplida por el fiscal es válida mientras la resolución se mantenga vigente, de tal manera que carecería de objeto entrar en este momento a analizar sus formalidades.

Desatinado resulta exigir -como lo hace el actor- una orden expresa del Juzgado del Circuito al momento de avocar el conocimiento, o en el curso de la actuación posterior, en la que se reconociera a la Fiscalía 31 Delegada como sujeto procesal, pues como se acaba de ver en la norma transcrita, esa calidad se la otorga la ley al fiscal que viene actuando en el sumario y no necesita de reconocimiento expreso por parte del juez.

Si el censor se hubiera percatado de que la resolución de la Unidad de Fiscalías de Lérida, así como el auto del Fiscal 31 mediante el cual avocó el conocimiento de la actuación fueron proferidos con anterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación, no hubiera incurrido en el desatino de alegar la falta de explicación del por qué se le asignó a este Fiscal "un sumario y apareció actuando en una causa".

Ahora, en cuanto al supuesto yerro consistente en que el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué actuó en la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto por la defensa sin designación previa, y sin haber sido reconocido antes o en la misma diligencia como sujeto procesal, caben las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se aprecia que en el folio 19 del cuaderno del Tribunal obra el oficio No. 0758 del marzo 18 de 1994 suscrito por el Jefe de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial

del Tolima, por medio del cual se informa a la Sala Penal del Tribunal de Ibagué, que en este proceso "actuará el Doctor Hernando Restrepo Ospina, Fiscal 1o. de esta Unidad, quien conoció la segunda instancia dentro de la instrucción del mismo".

Y a folio 20 del mismo cuaderno obra el auto de fecha abril 5 de 1994, mediante el cual el Tribunal Superior de Ibagué dispuso tener en cuenta la designación del doctor Hernando Restrepo Ospina -Fiscal 1o. de esa Unidad- para intervenir como tal en el proceso.

Ante esa evidencia documental es claro que la queja del libelista carece de fundamento, y que su interrogante sobre si fue o no el doctor Hernando Restrepo Ospina el que intervino en la audiencia no es una preocupación seria, y mucho menos cuando quien sustentó el recurso de apelación fue el mismo profesional que ahora suscribe la demanda de casación.

El Fiscal del Tribunal participó en la audiencia porque fue designado para hacerlo por el funcionario competente para tomar esa medida, con la explicación de que se le asigna esa responsabilidad porque fue el encargado de conocer el proceso durante la segunda instancia en la instrucción, y también porque previamente fue reconocido como sujeto procesal, de modo que para la Sala es evidente la improsperidad del cargo.

En segundo lugar, razón le asiste al Procurador Delegado cuando advierte que en este caso aún si hubiera existido la informalidad referida por el demandante ella sería intrascendente, pues la intervención del Fiscal en la audiencia no era en calidad de recurrente, ni para que tomara alguna decisión, sino facultativa y limitada a exponer la opinión sobre los argumentos del impugnante.

La censura no prospera.

Tercer Cargo

1. Invoca el casacionista la causal primera, cuerpo segundo, violación indirecta de la ley sustancial, y aduce que las pruebas de cargo se apreciaron de manera casi que excluyente, pues no se tomaron en cuenta otras pruebas que fueron allegadas al proceso, y que son: Testimonios de Luis Alberto Cifuentes Castaño, Jorge Alí Quintero Lozano, Wilson Marín Gálvez, Isidro Fraile Moreno, Magda Maricely Forero Muñoz, Marleny Vargas Arévalo, Martha Rubiela Rodríguez, y Hernando Jiménez Sánchez.

Como bien lo señala el Ministerio Público, el ataque se contrae a expresar el demandante que él estima que se le ha debido creer a los testigos de descargo y no a los de cargo, vía a través de la cual su cliente habría sido absuelto.

Esta clase de error es muy común en las demandas de casación, pues los defensores pretenden hacer del recurso extraordinario una tercera ins-

tancia, sin tener en cuenta que constitucional y legalmente solo existen en el proceso penal dos instancias, y que la posibilidad de acudir a la impugnación extraordinaria es para demostrar la ocurrencia de un error in iudicando o in procedendo trascendente, no para enfrentar el criterio del sentenciador con especulaciones que son inocuas frente a la presunción de acierto y legalidad de la que está investido el fallo.

Las pruebas se valoran de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y precisamente eso fue lo que hicieron los juzgadores en este asunto, de manera que es una falla del demandante cuestionar la valoración probatoria diciendo que se les dio un valor que no tienen, pues la ley no les señala ningún valor, y el que el censor les atribuye es obvio que no prima sobre el reconocido por el juez.

2. De otra parte, es contradictorio alegar que el acusado no participó en la ejecución de los hechos, y simultáneamente decir que si hizo uso del arma fue sin intención de matar, así como que el comportamiento de su poderdante fue atípico, sin antijuridicidad y del cual no puede predicarse culpabilidad, pues esa mezcla refleja una ostensible falta de seguridad y claridad en el libelista, hasta el punto de que no es capaz de individualizar la pretensión.

3. La expresión "no se tomaron en cuenta" que utiliza el libelista es equívoca, pues aunque inicialmente parecería que quiere decir que algunas pruebas "no fueron apreciadas", dando lugar a un falso juicio de existencia, en el desarrollo del ataque se descubre que lo que quiere decir es que no les dieron el mérito probatorio que él les reconoce, aspiración explicable, pero a la que no está sometido el juzgador, de ahí que esa natural diversidad de criterio no puede ser demandada como error procedente en casación porque no lo es.

4. Ahora bien, si se entendiera que el reparo apunta al falso juicio de existencia, es oportuno anotar que es verdad que el Tribunal no mencionó de manera individual la totalidad de las pruebas recaudadas en el proceso, pero también lo es que no era necesario, pues siendo confirmatoria la decisión se integra con la de primera instancia en donde ese análisis fue más exhaustivo. Además no tenía para que referirse a declaraciones de personas que no vieron lo ocurrido, o cuyo relato no incide para nada en el fallo, por lo tanto es más que suficiente la consideración que hizo sobre las pruebas de cargo y las de descargo, cuya conclusión es muy clara. Textualmente dice:

"Es prolija y terminante esta parte del análisis, que no fue parcial ni seccionado, sino integral y completo, porque no solo valoró con positiva visión las declaraciones de los testigos de cargo, sino también las de aquellos que pretendieron favorecerlo, como es el caso de Ricardo Quiñones Casallas, Diego Hernán Rodríguez Balaguera, Isidro Fraile Moreno, José Noel Carvajal Salazar, Magda Marcella Forero Muñoz, Marleny

Rubiela Rodríguez y Hernando Jiménez Sánchez, algunos de ellos traídos al expediente con el exclusivo fin de ubicar y dar existencia en los hechos, a un agente de la policía que accionando su fúsil de dotación, hizo blanco en la humanidad del infortunado occiso, y a los que, por demostradas razones, les desconoció toda credibilidad, cuanto que los considera como parcializados y mentirosos."

En síntesis, la falta de claridad en el cargo, la indemostración, y la contradicción que contiene, son argumentos suficientes para concluir que debe ser rechazado.

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:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ COAUTORIA

1. Recuérdese que el recurso de casación es el medio de impugnación que permite demostrar la ilegalidad de la sentencia por uno cualquiera de los motivos consagrados en la ley, mediante argumentos técnico-jurídicos orientados a la corrección del fallo y no, como ocurre en este caso, el mecanismo mediante el cual se pueda cuestionar el análisis allí contenido, por no coincidir éste con la apreciación que de los hechos y las pruebas presente el recurrente.

2. La coautoría implica que luego del acuerdo criminal, el trabajo se divide entre cada uno de los integrantes, a efectos de que con ese aporte se logre la consumación del hecho criminoso.

El fenómeno de la coparticipación criminal no se desvanece en el hipotético caso de que el objeto material del ilícito resulte distinto al que inicialmente fue acordado, siempre que dicho desvío no pueda atribuirse a un exceso de alguno de los partícipes.

En el contexto de la figura que se analiza, lo imprescindible es el acuerdo de voluntad de los integrantes y la división de trabajo, aspecto éste que redunda en una eficaz y voluntaria contribución para la ejecución del plan criminal. Quienes en él intervienen, despliegan una serie de actividades que llevan a concluir la voluntad inequívoca de propiciar el ilícito y que resultan importantes a la hora de determinar su grado de contribución.

El autor intelectual –calidad que le fue atribuida por el Tribunal a (...)– es aquél que no ejecuta directa o materialmente la acción contenida en el verbo rector, sino en quien nace la idea delictuosa y organiza, dirige y maneja su realización por parte de los demás intervinientes, siendo posible incluso la ejecución de aportes materiales al hecho. Ello significa que su participación en el hecho punible puede exteriorizar con o sin contribución a los actos materiales, descritos en el tipo, concurriendo además con su voluntad, con la actividad de planificar la idea criminosa y con otras actividades que trascienden el plano interno y conforman, con las demás, el complejo comportamental de la figura típica.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., mayo trece (13) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*.

Proceso No. 10281

Aprobado Acta No. 69

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor del procesado Samuel Yaima, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por medio de la cual confirmó, con reforma a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas que disminuyó a diez años, el fallo de primera instancia de agosto 24 del mismo año emanado del Juzgado 7° Penal del Circuito de esa ciudad, que condenó a éste, así como a Juan Carlos Delgado Ortega, y Hans González Vanegas a la pena principal de catorce (14) años y seis (6) meses de prisión, como autores responsables de los delitos de Homicidio y Hurto Calificado y Agravado, en concurso y ambos en la modalidad de tentativa, de los cuales fue víctima Eder Rivera Rojas. También se les impuso la obligación, a cada uno, de pagar a favor de la víctima la suma de $150.000.oo pesos por perjuicios materiales y $142.000.oo por perjuicios morales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos ocurrieron en la ciudad de Ibagué, el día 26 de marzo de 1993 hacia las dos de la tarde cuando dos sujetos, identificados luego como Juan Carlos Delgado Ortega y Hans González Vanegas, abordaron a la altura de la avenida el Jordán el vehículo de servicio público que conducía el señor Eder Rivera Rojas, a quien le solicitaron los llevara al barrio Interlaken. En el transcurso del recorrido, los pasajeros le cambiaron la ruta y poco a poco con distintos pretextos, llevaron al conductor a un alejado y solitario sector conocido como el Calambeo. Una vez allí, Delgado Ortega descendió rápidamente del automotor y con revólver en mano se le acercó a la ventanilla al taxista, manifestándole que se trataba de un atraco. El sujeto que viajaba en la parte de atrás, Hans González Vanegas, también se bajó del taxi, pero el conductor arrancó resueltamente, por lo que el individuo que estaba armado le disparó en dos oportunidades lesionándolo "...en la región ciliar, tercio externo izquierdo..." y en la "...preauricular izquierda, sobre el lóbulo de la oreja homolateral", habiendo sido además animado a ello por González.

No obstante, el taxista logró dar marcha al automotor y dar aviso de lo ocurrido, por lo que se produjo un operativo de las autoridades policivas, quienes aprehendieron en inmediaciones del sitio a Juan Carlos Delgado

Ortega. Este sujeto reveló no solo su participación en los hechos, sino también que hacía parte de un grupo dedicado a ello, identificando como compañeros a los señores Samuel Yaima y Hans González Vanegas, quienes fueron capturados en el lugar señalado por aquél.

Ordenada la apertura de investigación el 27 de marzo de 1993, Samuel Yaima, Juan Carlos Delgado Ortega y Hans González Vanegas fueron escuchados en indagatoria y luego de la práctica de algunas pruebas, la Fiscalía Séptima de la Unidad Primera de Vida les definió la situación jurídica, profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, en providencia del 5 de abril de ese año.

Clausurada la etapa del sumario, el proceso se calificó el 17 de junio de 1993, con resolución acusatoria en contra de Samuel Yaima, Juan Carlos Delgado Ortega y Hans González Vanegas como responsables de los delitos de Homicidio y Hurto Calificado y Agravado, ambos en la modalidad de Tentativa y en concurso.

Ejecutoriada la Resolución acusatoria, el proceso correspondió, previo reparto, al Juzgado 7° Penal del Circuito de Ibagué que luego de asumir su conocimiento, celebró la diligencia de audiencia pública al cabo de la cual dictó el fallo de primer grado el 24 de marzo de 1994 en el cual condenó a Samuel Yaima, Juan Carlos Delgado Ortega y Hans González Vanegas a la pena principal de 14 años de prisión, como autores de los delitos de Homicidio en concurso con el delito de Hurto Agravado y Calificado, ambos en la modalidad de tentativa, de los cuales fue víctima Eder Rivera Rojas.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó con la modificación a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, mediante providencia del 23 de junio de 1994 que es objeto del recurso de casación que se procede a desatar.

La Demanda de Casación

Un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia de segundo grado, al amparo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por "haberse proferido en desacuerdo con la realidad procesal y por falta de apreciación valorativa de las pruebas arrimadas al proceso".

Estimó el libelista, que el Tribunal se limitó a sopesar lo que la defensa de Samuel Yaima alegó como sustento del recurso de apelación, tratando aspectos como el no haberse concedido el uso de la palabra a su defendido, la inasistencia del Ministerio Público a la diligencia de Audiencia Pública, cuando existían puntos de mayor importancia a los que se debió prestar más atención por parte de esa corporación.

La sala de decisión indicó que en los hechos que motivaron la investigación intervinieron consciente, voluntaria y mancomunadamente los

implicados, "sin que se hubiesen cristalizado en la forma delineada y convenida" afirmación esta última que a juicio del censor resulta certera porque en ese plan no intervino Samuel Yaima y por lo tanto no es de recibo afirmar que este actuó mancomunadamente con los otros sujetos, con lo que se descarta cualquier injerencia "en la consumación tentada del acto delictual".

No es de recibo, agregó, lo afirmado por el Tribunal al aceptar como verdadera la confesión de Juan Carlos Delgado Ortega, cuando en su ampliación de indagatoria afirmó que habían acordado el hurto del taxi; según él, esto es una cortada suya "cuando se vio en la sin salida". La misma sala sostiene que el citado Delgado Ortega trató de desdibujar la realidad procesal cuando negó que había abordado el taxi o que había hecho disparos al conductor, pero lo hizo para no resultar como único incriminado.

Tampoco analizó la Sala la declaración del Agente de Policía Nelson Castro Cartagena, quien sostuvo que Juan Carlos Delgado Ortega le manifestó que Hans González Vanegas fue la persona que compró el revolver y que el otro, es decir, Samuel Yaima era el que vendía los carros. "Con ello se infiere, entonces que mi poderdante no fue la persona que consiguió el arma para poder perpetrar el atraco", pero ello no se tuvo en cuenta para decidir su suerte.

De igual manera no le mereció ningún juicio valorativo (al Tribunal, agregamos) lo narrado por Juan Carlos Delgado Ortega cuando asegura que fue enviado por Samuel Yaima a esperar un vehículo Nissan que traerían del Espinal (Tolima) para desarmarlo y obtener los repuestos del automotor. Por lo tanto, si su propósito era el de hurtarse un vehículo Nissan a través de Delgado Ortega, esta conducta no se consumó porque dicho vehículo no llegó; en su reemplazo llegó un taxi, pero sobre este no se había fraguado ilícito alguno. En consecuencia, debe entenderse que la conducta desplegada por Delgado Ortega para hurtar el taxi fue idea suya, ya que para ello no contó con la colaboración de Samuel Yaima quien ni siquiera tenía idea de la existencia de tal vehículo.

Además, para robustecer lo hasta aquí manifestado, el lugar planeado por Samuel Yaima para hurtarse el vehículo Nissan, era Chicoral, municipio tolimense "y resultó Juan Carlos Delgado Ortega, hurtándose otro rodante en Calambeo, un barrio de la ciudad de Ibagué".

Y aún aceptando que su representado hubiese intervenido en la planeación de este punible los actos iban dirigidos "INEQUIVOCAMENTE" a hurtar el automotor Nissan, y no a ninguna otra conducta criminal como se le ha querido imputar. En consecuencia, su representado no debió ser llamado a juicio por los delitos reseñados en la sentencia que ataca, sino por el de tentativa de hurto.

Trae a colación una cita doctrinal, según la cual "No se puede admitir la participación en un tipo penal especificado por la condición subjetiva,

cuando no hay unidad de acción psíquica. (Humberto Barrera Domínguez, Delitos Contra la Vida e Integridad Personal)', la cual debió aplicarse en este caso y a favor de su representado.

Solicita, en consecuencia, se case la sentencia impugnada y se dicte el fallo de reemplazo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Teniendo en cuenta que el casacionista acude a la causal primera de casación, recuerda el señor Procurador que en tratándose de censuras que tocan con el aspecto probatorio, no es permisible cualquier argumentación que se oponga a las conclusiones del fallador, más cuando se trata de razonamientos ilógicos y contradictorios, como sucede en este caso.

El aquí demandante no solo incurre en la falencia de no aclarar el sentido ni la modalidad del ataque, sino que no se detiene a señalar las normas sustanciales que estimó infringidas a consecuencia de su exclusión evidente o aplicación indebida, circunstancia que torna incierta la censura, debido a la incompleta proposición.

Observa entonces que en el cargo único propuesto por el libelista, al principio pareciera tratarse del planteamiento de un error de hecho por falso juicio de existencia, respecto de la declaración de Nelson Castro Cartagena, para en seguida identificarse con un error de derecho por falso juicio de convicción y en últimas con la causal tercera de casación, alegando una errónea calificación de las conductas atribuidas.

Además el inconformismo que el libelista le imprimió a la censura por el 'juicio valorativo', la encrumba hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, cuando en nuestro sistema los medios de persuasión no se encuentran sometidos a tarifa legal y el juez está facultado para apreciarlos racionalmente atendiendo a los parámetros de la sana crítica.

Encuentra en definitiva esa representación del Ministerio Público, que el disentimiento del demandante no es otro que el de discrepar con la valoración y credibilidad otorgada por el Tribunal a los medios de prueba, a afectos de que se acojan sus personales deducciones.

Además abandona su propuesta inicial de la causal primera, para dedicarse a discrepar de la calificación dada a la conducta de Samuel Yaima, circunstancia que ha debido alegar al amparo de la causal tercera de casación.

Solicita en consecuencia, no se case la sentencia censurada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la forma como el censor planteó el cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, "haberse proferido en desacuerdo con la

realidad procesal y por falta de apreciación valorativa de las pruebas arrimadas al proceso", puede inferirse que lo que reprocha es el análisis que de los elementos de convicción efectuó el fallador.

Incansablemente ha reiterado la Sala que las censuras orientadas a cuestionar la valoración que de las pruebas hizo el juzgador, no están llamadas a prosperar ante la general ausencia de tarifa probatoria, en el entendido de que en dicha labor el funcionario judicial está sometido a la apreciación racional dentro de los parámetros de la sana crítica.

La deficiente presentación del libelo no permite llegar a conclusión diferente, pues si bien el cargo se formuló al amparo de la causal primera de casación el demandante no hizo el menor esfuerzo por concretar el tipo de violación que se trataba, directa o indirecta, como tampoco mencionó las normas sustanciales presuntamente vulneradas en virtud del yerro cometido, ni demostró errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

Se observa entonces un total desconocimiento de la naturaleza y objeto de este recurso, porque los argumentos que conforman su sustento no son más que una entremezcla de reproches resultado de la inconformidad del casacionista con la manera como se resolvió el asunto.

Recuérdese que el recurso de casación es el medio de impugnación que permite demostrar la ilegalidad de la sentencia por uno cualquiera de los motivos consagrados en la ley, mediante argumentos técnico- jurídicos orientados a la corrección del fallo y no, como ocurre en este caso, el mecanismo mediante el cual se pueda cuestionar el análisis allí contenido, por no coincidir éste con la apreciación que de los hechos y las pruebas presente el recurrente.

Aparte de lo anterior, esa postura argumentativa lo llevó a realizar afirmaciones desconocedoras del contexto probatorio que se evidencia en la actuación a efectos de desvirtuar, o a lo sumo de disminuir, la responsabilidad que a su representado Samuel Yaima le fue atribuida en la comisión de los ilícitos, restándole crédito a los fundamentos de la sentencia. Así entonces, para el libelista no es de recibo la afirmación contenida en la sentencia respecto a que Samuel Yaima haya actuado mancomunadamente con otros sujetos, ni lo sostenido por Delgado Ortega en su confesión quien, según el censor, inculpó a su representado para evitar ser el único que respondiera por el injusto. También le merece reproche el análisis que en la sentencia se hizo del testimonio del Agente de Policía Nelson Castro Cartagena, a quien Delgado Ortega le manifestó que el coprocesado Hans González, fue quien compró el revólver y Samuel Yaima era quien vendía los carros, para concluir que este último no fue la persona que compró el arma para perpetrar el atraco.

La postura defensiva del casacionista está dirigida a desvirtuar la participación de Samuel Yaima en los hechos, pues, según él, si existió un

acuerdo, era para hurtarse un vehículo Nissan y no como sucedió, un taxi de servicio público, lo cual fue idea, obra y maquinación de Juan Carlos Delgado Ortega y para ello no contó con la colaboración de su poderdante. Por tanto, éste debió ser procesado por tentativa de hurto.

Aun cuando las fallas de orden técnico ya resaltadas resultarían suficientes para que la Sala no entre a efectuar un pronunciamiento de fondo respecto del fallo que es objeto de análisis, resulta conveniente hacer referencia, así sea de manera genérica, a los fundamentos del Tribunal para edificar la sentencia motivo de censura.

Ante todo debe señalarse que la sentencia, con respaldo en el proceso, tiene como fuente de valoración jurídica las siguientes circunstancias:

1. Que al procesado Yaima se le hallaron –en número considerable– repuestos de automotor, principalmente prensas y discos para embrague.

2. Que no los guardaba directamente en su poder sino que los entregaba a otra persona para que lo hiciera.

3. Que presentó facturas tardías (4 meses después), elaboradas u obtenidas en otra ciudad (Bogotá), no autenticadas y por valores incompatibles con su capacidad económica ($ 165.000 700.000 -370.000 - 950.000) si se atiende a que no tenía dinero para pagar el arriendo de su habitación,

4. Que tardíamente (5 meses después) atribuyó la imputación a él hecha a un motivo banal como era una pretendida represalia de Delgado en su contra por no haberle prestado un dinero.

5. Que él no solamente aportó la idea de ejecutar el hurto sino del dinero para adquirir el arma.

6. Que los acusados compraron el arma conjuntamente y que de manera previa y directa inspeccionaron el día anterior el terreno escenario del atraco.

7. Que Yaima y González fueron capturados juntos el mismo día en una zona turbia de la ciudad.

8. Que admitieron en un principio ante la policía, su participación en los hechos, que discutieron entre ellos e incluso hubo proposición de confesarlos.

El demandante, en su equivocada postura, parece olvidar que su representado Samuel Yaima fue condenado en calidad de autor intelectual y por lo tanto, al presentarse el fenómeno de la coautoría, los sujetos que realizan conjuntamente un hecho punible distribuyen la actividad delictiva, contribuyendo así a su realización sin que sea necesario que todos y cada uno ejecute íntegramente la conducta.

En otras palabras, la coautoría implica que luego del acuerdo criminal, el trabajo se divide entre cada uno de los integrantes, a efectos de que con ese aporte se logre la consumación del hecho criminoso.

El Tribunal, además de las versiones de la propia víctima Eder Rivera Rojas y los miembros de la Policía Fredy de Jesús Pacheco Escobar, Nelson Castro Cartagena, Orlando Ordoñez Cardona y Juan Gabriel Pérez Alvarado, quienes una vez conocieron la "notitia criminis" intervinieron de manera oportuna y definitiva para la recolección de la información, tuvo en cuenta que el procesado Juan Carlos Delgado Ortega, capturado en flagrancia, en su ampliación de indagatoria aceptó que el hurto del automotor había sido previamente acordado entre él y sus otros dos compañeros con quienes había visitado la calle 14, sitio donde adquirieron el revólver. De igual manera y como punto de partida, consideró el reconocimiento en fila de personas hecho por parte del conductor del taxi, quien identificó a Delgado Ortega como el sujeto que le propinó los disparos.

Al respecto expresó:

"*Sin embargo, prontamente, ante el reconocimiento que en fila de personas le hizo el conductor afectado...entendió que su posición negativa era infructuosa ante el asedio o acorralamiento probatorio de que era objeto, por lo que resolvió de una vez por todas*, revivir y reiterar la narración inicial complementándola y formalizándola procesalmente, la cual a juicio de la Sala y de todos los funcionarios que han actuado en este proceso, *contiene y refleja, en un alto porcentaje, la verdad histórica. Y se dice que en un alto porcentaje porque su confesión, aunque libre y espontánea, no puede tampoco considerarse como indivisible ya que en una actitud, aparentemente astuta, cuando se refiere concretamente a él, admite ciertamente su participación, pero trata, a la vez, de desdibujarla o desteñirla negando aspectos sobre los cuales no se vislumbra ninguna duda.*

(...)

"*Reflexión diferente, en cambio, reclama la misma versión del señor Juan Carlos Delgado Ortega con respecto a las resueltas acusaciones que les formula a los señores Samuel Yaima y Hans González Vanegas pues al entrelazarlas y confrontarlas con el devenir procesal, fácilmente infiere el intérprete, que no son producto de la imaginación de quien provienen sino que incuestionablemente pertenecen a un real y verdadero desarrollo fáctico.* Por eso, ningún reparo merece tampoco el tratamiento penal que se le dispensó en la sentencia ya que su intervención en el desenvolvimiento del plan conjuntamente maquinado o urdido y puesto en marcha tenía que generar la responsabilidad, abriéndose paso, de esta forma, el *jus puniendi*.

"Era obvio, en efecto, que en la empresa criminal montada para la consecución del automotor no iba a actuar insularmente una sola persona pues la misma peligrosa naturaleza de la aventura emprendida exigía el concurso de varias, en este caso, de *Samuel Yaima, Hans González y Juan Carlos Delgado Ortega. Y desde un punto de vista puramente lógico, además, no existe, ningún fundamento serio para suponer que el señor Juan Carlos Delgado*

Ortega, tan pronto cayó en poder de las autoridades y oteó el comprometedor ambiente procesal, vinculara a los ilícitos que fundadamente se le imputaban y que éste parcialmente aceptaba pero sin desconocer, de todas formas, su participación (recuérdese que no acepta ser el autor de los disparos ni haber abordado el taxi) *a personas completamente ajenos a éstos*". (fls 14 al 17 C. Tribunal) (destacado del texto).

Para la corporación ad quem resultaron igualmente importantes, la amistad y la constante comunicación que se evidenció entre los tres procesados, y la circunstancia de que Juan Carlos Delgado Ortega y Samuel Yaima residían en la misma casa de inquilinato, la que también frecuentaba Hans González Vanegas. Adicional a ello, el hecho de que Samuel Yaima se ocupara de manera habitual al comercio de repuestos usados, incautándosele algún material de ese tipo, sin que suministrara una respuesta satisfactoria sobre su adquisición.

De otra parte, el fenómeno de la coparticipación criminal no se desvanece en el hipotético caso de que el objeto material del ilícito resulte distinto al que inicialmente fue acordado, siempre que dicho desvío no pueda atribuirse a un exceso de alguno de los partícipes, lo cuál no ha sido demostrado por el censor. El libelista, sin fundamento alguno, afirmó que si acaso hubo un acuerdo, éste fue respecto de un vehículo Nissan y no sobre un taxi de servicio público, y de allí, pese a lo que sugiere, concluye que a su representado se le debió condenar por tentativa de hurto.

En el contexto de la figura que se analiza, lo imprescindible es el acuerdo de voluntad de los integrantes y la división de trabajo, aspecto éste que redunda en una eficaz y voluntaria contribución para la ejecución del plan criminal. Quienes en él intervienen, despliegan una serie de actividades que llevan a concluir la voluntad inequívoca de propiciar el ilícito y que resultan importantes a la hora de determinar su grado de contribución.

El autor intelectual –calidad que le fue atribuida por el Tribunal a Samuel Yaima– es aquél que no ejecuta directa o materialmente la acción contenida en el verbo rector, sino en quien nace la idea delictuosa y organiza, dirige y maneja su realización por parte de los demás intervinientes, siendo posible incluso la ejecución de aportes materiales al hecho. Ello significa que su participación en el hecho punible puede exteriorizar con o sin contribución a los actos materiales, descritos en el tipo, concurriendo además con su voluntad, con la actividad de planificar la idea criminosa y con otras actividades que trascienden el plano interno y conforman, con las demás , el complejo comportamental de la figura típica.

Sobre el tópico así reflexionó el fallador:

"Los integrantes de la agrupación criminal eran los señores *Juan Carlos Delgado Ortega. Samuel Yaima y Hans González Vanegas, hacendo énfasis en que el segundo de los nombrados, no estuvo, ciertamente, presente, en el escenario de los hechos, es decir, cuando se produjo el atraco pero indudablemente fue el que no solamente provocó o suscitó la idea criminal sino el que planeó y coordinó la dinámica delictiva, el cerebro de la misma, estimulando permanentemente a sus dos compañeros hasta el punto de que, en su compañía, adquirió el revólver y visitó, el día anterior, el lugar donde debían actuar sus mandatarios*, indicándoles pautas a seguir. Estos impulsados por el deseo de conseguir dinero de esa repudiable forma, compartieron consciente y voluntariamente los sórdidos propósitos de su mandante y enrutaron sus comportamientos en esa dirección delictiva.

"O sea que si desde el punto de vista técnico-jurídico se quisiera ser estricto habría que anotar que el procesado *Samuel Yaima fue propiamente un autor intelectual y no un simple determinador como se insertó en el pliego de cargos. Sin embargo, como la autoría intelectual corresponde a una creación doctrinaria sin incidencia quoad paenam, no es menester ahondar sobre los diferencias entre estos espinosos y controvertidos tópicos*". (fl 20 cdno Tribunal) (destacado del texto).

Ante esta perspectiva, es necesario recalcar que en la pretensión de demostrar una completa ajenidad del procesado Samuel Yaima en los hechos materia de debate fruto de una errónea apreciación probatoria, era menester que el demandante desquiciara, dentro uno de los motivos consagrados para acudir a esa precisa causal de casación, los fundamentos probatorios de la sentencia, antes que incursionar en el análisis parcial y aislado de los elementos de juicio y restarles mérito probatorio, pasando por alto la apreciación contenida en el fallo, la cual prevalece por estar amparada de la presunción de acierto y legalidad.

En conclusión, las críticas meramente subjetivas, puestas a consideración por el casacionista, no alcanzan a remover las bases del fallo cuestionado, porque ellas no sirven para demostrar la existencia de errores trascendentes susceptibles de ser analizados por esta vía excepcional.

El cargo, en consecuencia no prospera.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS

Ha sido criterio de esta Sala que en tratándose de una pistola semiautomática, con calibre inferior a 9.652 m. m. (.38 pulgadas) de conformidad con los artículos 8° literales a y b, 9 literales a y b y 11 literal a del Decreto 2535 de 1993, debe considerarse como de defensa personal, sin importar que su proveedor tenga capacidad de alojamiento superior a 9 cartuchos, pues esa sola característica que excluye de autorización para su porte a los particulares no la convierte en "arma de guerra".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C. trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Proceso No. 14399

Aprobado Acta No. 69

VISTOS

Decide la Corte sobre la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello y un Juzgado Regional de la ciudad de Medellín, dentro del proceso adelantado contra Diego Alejandro Espinosa Lopera y Sergio Andrés Cano Arrubla, por el delito de Porte Ilegal de Armas.

ANTECEDENTES

1. El día 3 de noviembre de 1996, alrededor de las 2:10 horas de la mañana en el municipio de Bello, miembros de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, en vía pública (carrera 53 calle 35) al efectuar a los sindicados una requisa hallaron en poder de Diego Alejandro Espinosa Lopera una pistola marca Browning 9 m. m. corto o .380 auto. Modelo BDA 380425 PY No. Identificativo 52634 original de la marca Pietro Beretta de Italia, con capacidad de carga 13 cartuchos del mismo calibre mas 1 en la recámara y 7 cartuchos y, a Sergio Andrés Cano Arrubla una Pistola Smith & Wesson, calibre 9 m. m. Luger o Parabellum (largo) modelo 39-2 No. Identificativo A 594972 con un proveedor con capacidad de 8 cartuchos del mismo calibre del arma y 10 más para la misma arma.

Escuchados en indagatoria les fue resuelta su situación jurídica con Medida de Aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de Porte Ilegal de Armas (fl. 29).

Posteriormente se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada (fl. 59), al cabo de la cual se enviaron las diligencias al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito al ocuparse del estudio del proceso en orden a proferir fallo encuentra que practicada la peritación sobre las armas decomisadas los expertos del Cuerpo Técnico de Investigación establecieron que una de ellas es de " Uso Restringido" por cuanto su proveedor tiene una capacidad de alojamiento de trece (13) cartuchos (fls.47 a 52), compatible con la clasificación del artículo 9° del Decreto 2535 de 1993, por lo que difiere la competencia para conocer del asunto en los Jueces Regionales, a donde remite las diligencias, proponiendo de una vez colisión de competencias negativa.

Por su parte el Juzgado Regional de Medellín en auto de febrero 16 de 1998 (fl. 67) no acepta la colisión de competencias que le atribuye el Juzgado colisionante, pues del examen de la pericia realizada al instrumento bélico se llega a la conclusión de que se encuentra catalogada como de defensa personal atendiendo la clasificación que hace el legislador en el Decreto 2535 de 1993, cuando se advierte que se trata de una pistola " calibre 9 m. m. o 380 auto " con longitud de cañón 9,62 cm. O 3,79 pulgadas, pistola de funcionamiento semiautomática, a más de ilustrar que su proveedor es apto para albergar 13 cartuchos del mismo calibre del arma, característica última que no fuerza su ubicación como de uso privativo a la fuerza pública.

Apoya su decisión en pronunciamientos realizados por esta Sala como los de mayo de 1994, enero 18 de 1995 y junio 11 de 1996, siendo Magistrados Ponentes los Doctores Duque Ruiz Mejía Escobar y Arboleda Ripoll respectivamente. Por último destaca que siendo el arma incautada de 9 mm inferior a 9.652 de plano descarta la posibilidad de entrar a considerar las exigencias adicionales derivadas del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993.

Consideraciones de la Sala

1. Suscitado el conflicto negativo de competencia entre un Juez Penal del Circuito y uno Regional, corresponde a esta Sala de la Corte entrar a dirimirlo con arreglo a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

El motivo de divergencia en este caso se concreta en la clasificación que de una de las armas incautadas se hiciera como de uso restringido en

la peritación emitida por la Sección de Criminalística del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación de Medellín y que fuera tomado sin ningún análisis por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito, olvidando de paso que la ubicación de las armas como de uso reservado a la fuerza pública o de defensa personal no se sujeta tan solo a la apreciación que arroje el dictamen de balística, sino que a la par, debe ocuparse del estudio de las normas respectivas en procura de efectuar una correcta adecuación típica.

En estas condiciones razón le asiste al Juez Regional de Medellín al rechazar la competencia que se le deriva para conocer del asunto, pues siendo el punto central de discusión la capacidad de alojamiento del proveedor superior a nueve cartuchos en una de las armas incautadas, no puede estimarse que esta sola característica permita su ubicación como de uso reservado a la fuerza pública.

En efecto, ha sido criterio de esta Sala que en tratándose de una pistola semiautomática, con calibre inferior a 9.652 m. m. (.38 pulgadas) de conformidad con los artículos 8° literales a y b, 9 literales a y b y 11 literal a del Decreto 2535 de 1993, debe considerarse como de defensa personal, sin importar que su proveedor tenga capacidad de alojamiento superior a 9 cartuchos, pues esa sola característica que excluye de autorización para su porte a los particulares no la convierte en "arma de guerra". Por tanto, no es de recibo el argumento del Juzgado colisionante en postular su incompetencia para conocer de la actuación.

Así dijo la Sala en decisión de fecha 12 de agosto de 1997, con ponencia del doctor Fernando Arboleda Ripoll, reiterando el criterio de la Corporación:

"De conformidad con esta norma, pues, son armas de uso privativo de la fuerza pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm., sin importar ninguna otra característica, lo mismo que las pistolas y revólveres de este calibre que no reúnan la condiciones señaladas en el artículo 11 de este mismo Decreto (...).

"La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (8 y 11), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que en tratándose de este (sic) clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm.. Y es lógico que así lo hubiere hecho, porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la fuerza pública, (...) como lo dice el ya copiado artículo 8°, necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultaría por ello idóneas para buscar los objetivos que se

persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la fuerza pública".

Se concluye entonces que como el arma objeto de este pronunciamiento es de defensa personal, el competente para seguir conociendo del proceso es el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, de conformidad con la competencia atribuida a los Jueces Penales del Circuito en el artículo 72 numeral 1° literal c del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 10 de la Ley 81 de 1993, despacho a donde se remitirá de inmediato el expediente, enviándosele copia de esta decisión al Juzgado Regional de Medellín.

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. DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello a quien se le enviará el expediente para lo de su cargo.

2. Copia de esta decisión envíese al Juzgado Regional de Medellín, para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NARCOTRAFICO

El catálogo de verbos rectores del primer inciso del artículo 33 de la Ley 86 mencionada se refiere tanto a conductas de realización instantánea como de realización permanente, *señalando entre éstas, las de almacenar y conservar, por ejemplo.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr.*Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 9581

Aprobado Acta No. 069

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el *8 de marzo de 1994*, en la cual, por confirmación de la de primera instancia condena a doña Dolores Alicia Mosquera de Tarapuez a la pena principal de cuatro años de prisión y multa de diez salarios mínimos mensuales y a la accesoria correspondiente, como coautora del delito tipificado en la Ley 30 de 1986.

Hechos y Actuación Procesal

Así, con fidelidad al contenido procesal, reseña el Tribunal de origen los hechos que son materia de la sentencia:

"El día *10 de febrero de 1993*, en horas de la noche, cuando la señora *Doralba Morales Flórez* salía de la residencia ubicada en la calla 13 No. 27-57 de esta ciudad, fue sometida a una requisa por parte de los agentes de la policía Nacional que transitaban por el lugar, encontrándole en el bolsillo de su chaqueta una bolsa plástica que contenía 37 gramos de una sustancia a base de cocaína.

"Al ser interrogada por los uniformados sobre la procedencia de la sustancia, manifestó que quien se la había suministrado era la señoraDolores Alicia Mosquera de Tarapuez residente en ese lugar, ante lo cual los policivos procedieron a registrar el inmueble de la referencia, habitado además por *Ana Lucía Tarapuez Mosquera*, donde encontra-

ron 76 gramos de igual sustancia, bolsas de polietileno, una pesa gramera y otros elementos utilizados en el empaque de estupefacientes.". (fls. 312-313 cd. ppl. negrillas fuera de texto).

Abierta la instrucción por la Fiscalía 16 Especializada de Pasto (fl. 7) se practicó diligencia de pesaje de las sustancias decomisadas y se practicó la experticia correspondiente; así mismo, se vinculó procesalmente mediante indagatoria a las mencionadas mujeres (fls. 11, 16 y 139), que fueron acusadas por hecho punible contemplado, para la primera, en el segundo inciso del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y para las dos últimas, en el primer inciso de la misma norma, por razón de la cantidad decomisada (fls. 184-197).

Los defensores de *Dolores Alicia Mosquera de Tarapuez* y *Doralba Morales Flórez* solicitaron la celebración de la audiencia especial de que trata el artículo 37 del C. de P.P. (fls. 215 y 216), pero logrado el acuerdo sobre cargos solo con la segunda, se dictó la sentencia anticipada, mientras que respecto de las otras acusadas el juicio continuó su curso ordinario.

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Pasto profirió fallo de primera instancia absolviendo a *Ana Lucía Tarapuez Mosquera* y condenando a su señora madre.Dolores Alicia Mosquera de Tarapuez, como autora de "*conservar* sustancia estupefaciente con destino a su distribución o venta" (fls. 289, 294), a las penas antes anotadas, que el Tribunal Superior del Distrito confirmó en el fallorecurrido extraordinariamente por la defensa de la procesada (fls. 309-318 cd. ppl.1).

La Demanda

El único cargo que se formula a la sentencia de segunda instancia -y que reitera la argumentación del recurso de apelación interpuesto por la misma parte contra el fallo del juzgado- , se fundamenta en la causal 1a. de casación, por considerar el censor que hubo, según precisa, violación directa de la ley sustancial por"indebida aplicación del inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, ... pero solo en relación a la pena a imponer; y falta de aplicación del inciso segundo del artículo 33 ... y del artículo 26 del Código Penal ...".

Afirma que su patrocinada no cometió una, sino dos conductas penalizadas de manera más benigna que la que se le imputó, que fue conservar más de 100 gramos de sustancia a base de cocaína, porque lo que ella hizo fue "vender 37 gramos..., de un lado y, de otro, conservar 76 gramos de la misma sustancia". Luego de definir cada uno de esos comportamientos asevera, haciendo suyo pronunciamiento jurisprudencial, que: "con realizar cualquiera de las acciones o conductas descritas en los verbos alternativos que contempla el tipo penal el delito se considera consumado"

y, reclama la aplicación de la figura del concurso de hechos punibles para la penalización del caso.

Añade en refuerzo de su tesis, también con apoyo en criterio que atribuye a origen jurisprudencial respecto de los tipos compuestos alternativos, que la equivalencia punitiva de las conductas previstas en esa clase de delitos no autoriza la mezcla de ellas para formar "una figura híbrida", recabando el reconocimiento del error que pregona para que, producida la casación parcial, mediante fallo sustitutivo se adelante la dosimetría penal propia del concurso de hechos punibles de menor entidad que acepta.

El Ministerio Público

Tras explicar en forma concisa la estructuración del tipo penal de conducta alternativa del artículo 33 de la Ley 30 de 1986y remitiéndose a los hechos probados durante la investigación, para advertir que el delito en comentario puede cometerse mediante la realización de cualquiera de las conductas previstas en la norma y que existe unidad de delito cuando, según puntualiza, "el mismo sujeto activo coetáneamente realiza una o varias de las acciones previstas en la Ley, pues la multiplicidad de ellas no comporta mas que la infracción de la misma y única prohibición del derecho penal, en unidad de tiempo y espacio", el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a la censura formulada en la demanda y solicita la no casación impetrada.

Consideraciones de la Corte

El señor defensor recurrente pregona la violación directa del primer inciso del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 por errada aplicación, porque los 37 gramos de sustancia a base de cocaína que se decomisaron a la procesada Morales Florez fueron considerados como sustancia conservada por Dolores Alicia, sumándolos a los 76 gramos que se decomisaron en casa de ésta, lo que totalizó una cantidad superior a 100 gramos, penalizada de manera más severa a la que correspondería si el fallador hubiera considerado que su cliente realizó dos conductas con sustancia en cantidad inferior a la total mencionada; es decir, afirma que los supuestos de hecho de la norma aplicada no responden a la conducta que se probó y por tanto, que esa norma no era la aplicable.

Pues bien; procesalmente se probó que la cliente del recurrente se dedicaba a la ilícita actividad de expendedora de sustancia estupefaciente a base de cocaína y que en un solo operativo adelantado por la policía el 10 de febrero de 1993 se decomisaron las dos cantidades preanotadas.

El catálogo de verbos rectores del primer inciso del artículo 33 de la Ley 86 mencionada se refiere tanto a conductas de realización instantánea

como de realización permanente, señalando entre éstas, las de almacenar y conservar, por ejemplo.

Si se tiene en cuenta, como se ha dicho, queDolores Alicia Mosquera de Tarapuez se dedicaba a la distribución de sustancias estupefacientes, como lo revela el hecho de que en su domicilio fueran incautados al lado de éstas varios elementos propios de esa actividad como "bolsas de polietileno, una pesa gramera y otros elementos utilizados en el empaque", no hay lugar a dudas de que *conservaba la cantidad necesaria para ese fin;* esto es, que ejecutó una conducta *permanente* de las varias alternativas de esta clase que conforman el tipo penal en referencia, con una sustancia que fue posible cuantificar con exactitud cuando intervino la autoridad policial, en el preciso momento en que de la existencia que conservaba acababa de proveer una parte a la otra inculpada.

Así pues, la conducta penalmente reprochable de la sujeto distribuidora no se consumó, como parece entenderlo erradamente el censor, en dos tiempos, ni fue de dos clases. Su ilícita actividad de intermediaria abastecedora le imponía *conservar* existencias que se la facilitasen, y que fue justamente las que se decomisaron en un único operativo policial, tanto a ella como a su inmediata receptora; de ahí que asistiera la razón a los funcionarios calificador y falladores al contabilizar para efectos de la única adecuación típica que hicieron y de la imputación a la procurada del actor, ambas parciales cantidades, que al sobrepasar el límite para una punición más benigna -100 gramos- hicieron imperativa la sanción cuestionada en la demanda.

Diferente hubiera sido si el decomiso se da sin la materialización de la correlación inmediata entre la procedencia de la cantidad que portaba la otra inculpada y la actividad de la distribuidora, recurrente en casación; pero habiendo sucedido como lo dice el proceso y no lo discute el demandante, el fiscal calificador y los falladores no podían fraccionar el comportamiento para hacer la doble y menos gravosa tipificación que reclama el censor.

Al calificar como se hizo la conducta de la sujeto abastecedora, no es que se hubiera hecho un híbrido jurídico con las acciones de los verbos rectores del primer inciso del artículo 33 de la Ley en cuestión, lo que sí habría significado un errado juicio del fallador; simplemente, se realizó el encuadramiento conforme a la evidencia probatoria, confiriéndole el alcance apropiado con sus consecuencias punitivas.

Así la situación, se mantendrá el fallo objeto de censura.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.En firme DEVUELVASE el proceso a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / CAPTURA

Con miras a resolver la petición de "libertad inmediata" elevada por el procesado y atendiendo al hecho de que la situación procesal concreta comportaba características sustancialmente idénticas a aquéllas que le sirvieron a la Sala para precisar sistemáticamente la correcta hermenéutica de los artículos 197 y 198 ibidem y cuyo pronunciamiento se hiciera por auto del 10 de marzo del corriente año con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, reiteró la Corte en la determinación impugnada que en el caso objeto de estudio no existía condicionamiento alguno para que el Tribunal Superior dispusiera la captura de (...), pues la libertad decretada en su favor por la primera instancia lo fue motivada en la decisión absolutoria, que al ser revocada por el juez de segundo grado y no existir antecedente alguno de excarcelación durante el trámite procesal por causal diversa, hacía inmediatamente ejecutable la determinación sobre la libertad del procesado.

Esta es, para la Sala, la interpretación que corresponde a los preceptos en cita, pues no basta como parece entenderlo el recurrente, tomando para ello en forma aislada y en su simple literalidad la primera parte del art. 198 de conformidad con el cual "Si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia...", pues esta lectura fragmentada del precepto deja de lado la excepción que ella misma contiene, esto es que, en principio no resulta procedente disponer la orden referida "...salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación", caso éste en el cual, como sucede en el proceso objeto de estudio, a contrario sensu, sí es perfectamente viable emitir las respectivas órdenes para la privación de la libertad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Proceso No. 13987

Aprobado Acta No. 70

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por Liborio Alfonso Yanci Ospino, contra el auto del pasado 3 de abril del año en curso, por medio del cual le fue negada la libertad provisional.

CONSIDERACIONES

1. Para el impugnante, el criterio de la Sala de conformidad con el cual el hecho de haberse producido dentro del presente proceso una medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, pese a concederse con posterioridad la libertad provisional como consecuencia de la sentencia absolutoria de primer grado, habilitaba al Tribunal Superior para una vez revocada dicha decisión y emitido el respectivo fallo de condena ordenar su captura, le "asusta y aterroriza", pues este entendimiento del fenómeno concurrente, en su concepto, tiene inequívoca solución de conformidad con lo dispuesto por el artículo 198 del C. de P.P., cuya clara literalidad no admite una comprensión diversa, esto es, que bajo ninguna circunstancia podían emitirse las órdenes de captura en tanto el fallo del ad quem no estuviera en firme. Siendo este el tratamiento que de acuerdo con la ley merecía su caso, solicita a la Sala reponer el auto recurrido y en consecuencia ordenar su inmediata libertad.

2. Con miras a resolver la petición de "libertad inmediata" elevada por el procesado y atendiendo al hecho de que la situación procesal concreta comportaba características sustancialmente idénticas a aquéllas que le sirvieron a la Sala para precisar sistemáticamente la correcta hermenéutica de los artículos 197 y 198 *ibidem* y cuyo pronunciamiento se hiciera por auto del 10 de marzo del corriente año con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, reiteró la Corte en la determinación impugnada que en el caso objeto de estudio no existía condicionamiento alguno para que el Tribunal Superior dispusiera la captura de YANCI OSPINO, pues la libertad decretada en su favor por la primera instancia lo fue motivada en la decisión absolutoria, que al ser revocada por el juez de segundo grado y no existir antecedente alguno de excarcelación durante el trámite procesal por causal diversa, hacía inmediatamente ejecutable la determinación sobre la libertad del procesado.

3. Esta es, para la Sala, la interpretación que corresponde a los preceptos en cita, pues no basta como parece entenderlo el recurrente, tomando para ello en forma aislada y en su simple literalidad la primera parte del art. 198 de conformidad con el cual "Si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia...", pues esta lectura fragmentada del precepto deja de lado la excepción que ella misma contiene, esto es que, en principio no resulta procedente disponer la orden referida "...salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de

detención sin excarcelación", caso éste en el cual, como sucede en el proceso objeto de estudio, a contrario sensu, sí es perfectamente viable emitir las respectivas órdenes para la privación de la libertad.

La decisión impugnada, en consecuencia, deberá mantenerse.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, NO REPONE el auto del pasado 3 de abril del año en curso, por medio del cual le fue negada la Libertad provisional al procesado Liborio Alfonso Yanci Ospino.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSEDAD/ PECULADO/ CONCURSO

Aunque los escritos públicos, ideológica o materialmente contrarios a la verdad, hayan sido elaborados con el propósito de facilitar o de ocultar las malversaciones, los elementos constitutivos de ninguno de los hechos punibles resultan subsumidos dentro de los otros y, por el contrario, mantienen su entidad propia.

Como el concurso con el peculado de todas maneras se presenta en sucesos delictivos de las connotaciones del que motiva este proceso, sea material o ideológica la falsedad perpetrada por el servidor público en los así mismo públicos documentos, carece de trascendencia sobre el fallo la modificación en la calificación que, sin demostrarla e infructuosamente para el fin de desmontar el concurso, pretende el impugnante.

No debe perderse de vista que, para el caso y tratándose de esta modalidad delictiva, lo trascendente es que la irrealidad consignada en el documento público tenga relevancia jurídica, atributo que emerge ostensible en el presente caso, toda vez que los falsos documentos aparecen siendo elaborados por la acusada en contraverura con los coprocesados (...) y (...), con el propósito de hacerlos servir de prueba de unas inexistentes operaciones, de cuyo fungimiento efectivamente derivaron la oportunidad para apoderarse de recursos cuya administración se les había confiado a los servidores de la institución financiera estatal, que la defraudaron.

Con dicho proceder se afectó la fe pública, depositada en la autenticidad y veracidad de los documentos públicos, que constituye el bien jurídico tutelado por una de las normas penales en las que encuentra subsunción la conducta realizada. Sobre el particular ha expuesto la Corte desde tiempos atrás:

"El art. 219 del C. Penal tiende a proteger la veracidad de los documentos públicos a fin de que el funcionario exprese la realidad, bien sea en cuanto a los hechos ocurridos en su presencia, ora respecto a las declaraciones que hayan hecho frente a él los particulares u otros funcionarios públicos, o ya respecto a lo que en ejercicio de sus funciones debe consignar en ellos, a todo lo cual lo obliga el vínculo

especial de derecho público que lo liga con la administración" (2 de julio de 1986, M. P. doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Cabe recordar que es posible que la procesada no tuviere por sí misma, o exclusiva y excluyentemente, lo que el defensor ubica como "disponibilidad real de los dineros existentes en las cuentas de la Caja Agraria" y que jamás hubiere suscrito "póliza de manejo"; pero esos conceptos restringidos cedieron paso a una más amplia noción sobre la compleja tarea de administrar los bienes del Estado o bajo su custodia, donde lo que resulta típicamente definitorio es la relación funcional entre el servidor público y los bienes que de una u otra manera administraba y decidió apropiarse en su provecho o el de algún tercero.

Por eso la Corte en sentencia de 6 de diciembre de 1982, M. P. doctor Luis Enrique Aldana Rozo, ampliamente transcrita por el Tribunal, expresó y ha venido sosteniendo lo que ahora reitera:

"Ocurre, sin embargo, que la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por este motivo además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto por cuanto éste tiene respecto a aquellos la llamada disponibilidad jurídica.

Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar."

Debe evocarse que el peculado es delito contra la administración pública, en el que el servidor público actúa esencialmente con violación de sus deberes funcionales.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., mayo catorce (14) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Proceso No. 9688

Aprobado Acta No. 70

Vistos

Ha sido recurrida en casación por el defensor de la procesada Rosa Zahira Vega Sánchez, la sentencia de 19 de abril de 1994 mediante la cual el Tribunal Superior de Tunja confirmó la dictada el 25 de octubre de 1993 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, que la condenó, junto con otros procesados y determinaciones, a la pena de prisión de cinco años, como coautora de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación, en concurso de hechos punibles.

Hechos

Durante los meses de julio y agosto de 1990, en la Sección de Provisión Agrícola de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Tunja, se elaboraron falsas planillas que acreditaban el transporte de mercancías a distintas sucursales de la Caja Agraria de los departamentos de Boyacá y Casanare, con base en las cuales se presentaron ficticias cuentas de cobro por valor de $3.792.152, que fueron canceladas a supuestos transportadores mediante el giro de 17 cheques. De estos hechos se sindicó a los contadores auxiliares de dicha dependencia Miguel Angel Arias Sandoval Y Rosa Zahira Vega Sánchez, al igual que a Armando Bautista Calixto e, inicialmente, a otras personas que no fueron enjuiciadas.

Trámite Procesal

En desarrollo de la investigación adelantada por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Tunja, fueron vinculados en calidad de sindicados los ya nombrados auxiliares y el señor Bautista Calixto, contra quienes la Fiscalía 17 Especializada en Delitos Varios profirió el 5 de enero de 1993 resolución acusatoria por los delitos de falsedad documental y peculado por apropiación, en concurso de hechos punibles, los dos primeros en calidad de coautores y el tercero en su condición de cómplice. Este enjuiciamiento fue confirmado por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, en providencia del 15 de marzo del citado año.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tunja puso fin a la instancia condenando a cada uno de los coautores a las penas de cinco años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y veinticinco mil pesos de multa, tiempo y valor fijados para el cómplice en treinta meses y doce mil quinientos pesos, quedando todos obligados al pago en concreto de la indemnización de los perjuicios materiales causados.

Apelado este fallo por la defensa, fue confirmado por el Tribunal Superior de Tunja, en decisión que es objeto del recurso de casación, interpuesto por el defensor de Rosa Zahira Vega Sánchez.

Cabe observar que de conformidad con el artículo 82 del Código Penal, el término de prescripción de la acción penal se aumenta en una tercera parte cuando el delito es cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, extensión que, como lo ha precisado esta corporación (e. g. abril 26/95, M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar), incluye a quienes con él hayan participado en la realización del hecho, aunque carezcan de dicha investidura.

Interrumpida la prescripción por el enjuiciamiento, comienzaa correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del inicial, sin que pueda ser inferior a cinco años, lustro al cual, en el criterio mayoritario de la Sala, se adiciona la tercera parte por el factor antes mencionado, para un total de 6 años y 8 meses, que no ha corrido desde el 15 de marzo de 1993, cuando la resolución de acusación quedó ejecutoriada.

DEMANDA DE CASACIÓN

En el marco de la causal primera de casación se formulan tres cargos a la sentencia impugnada, uno como principal y los otros dos como subsidiarios, a saber:

CARGO PRINCIPAL. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219 del Código Penal, que describe el delito de falsedad ideológica en documento público, y falta de aplicación del artículo 218 de la misma codificación, que se ocupa del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público: equivocación que, a juicio del impugnante, dio lugar a la deducción de un concurso delictual en contra de la procesada Vega Sánchez, que le significó "una medida punitiva que rebasa notoriamente lo que justa y equitativamente le corresponde".

Remitiéndose el censor a los argumentos planteados durante los debates de instancia, en los que propugnó por la inexistencia del concurso de hechos punibles y aludiendo a la diferenciación entre los tipos penales descritos en las normas sustanciales presuntamente violadas, fundamenta el reproche a la sentencia en los siguientes términos:

"...*no es lo mismo insertar, al extender documento que pueda servir de prueba, falsedades o callar total o parcialmente la verdad, que falsificar integralmente un documento público que pueda servir de prueba. Pienso que en ambos casos el ejercicio de sus funciones implica una apreciación genérica en términos que se puede definir que el funcionario está ejerciendo el cargo; pero, para efectos de la falsedad ideológica el documento es auténtico o en otros términos es legítimo pero en su contenido existe algo que riñe con la realidad; en cambio en la falsedad material, ese documento por definición legal es falso; esto es, no solamente es falso en cuanto a su existencia material en sí sino desde luego en cuanto a su contenido, porque dentro de la generalidad de la falsedad puede darse el caso de un documento falso que contenga un hecho verdadero. Aquí, en este proceso los documentos que dieron origen a la sustracción de una suma de dinero de la*

Caja Agraria de la ciudad de Tunja, son documentos totalmente falsos; aquí no encaja el concepto de falsedad ideológica, porque ésta implica que el documento sea extendido por el funcionario en el ejercicio de una operación real y en el caso de autos ninguna de las operaciones a que se refieren los documentos son reales."

A continuación agrega:

"A mi manera de ver las cosas es posible que una falsedad ideológica pueda dar origen al concurso con peculado, pero me parece que la falsedad netamente material de empleado oficial en documento público (Art. 218 del C. P.) no ensambla concursalmente con el peculado; podría dar origen a otra modalidad diferente que plantee en el desarrollo del proceso, como ataque al interés jurídico tutelado, patrimonio económico." (Transcripción textual).

CARGOS SUBSIDIARIOS: 1°) Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho manifiesto en el análisis de las pruebas aportadas al proceso, toda vez que por "falsos juicios de identidad de inexistencia (sic), apreciándolas equivocadamente... se llegó a pensar que se trataba de una falsedad ideológica y nó de una falsedad material como en realidad lo es".

2°) Violación directa del artículo 133 del Código Penal, que describe y sanciona el punible de peculado por apropiación por atipicidad de la conducta endilgada a la procesada Vega Sánchez, puesto que se le dió la connotación de sujeto activo de peculado "cuando en realidad no la tiene, en la medida que dentro de sus funciones nunca tuvo esa disponibilidad real de los dineros existentes en las cuentas de la Caja Agraria, aún más nunca suscribió póliza de manejo y jamás se probó que quien en su condición de archivera mensajera le dio unas funciones adicionales, tuviese esa capacidad para delegar... por cuanto ella al margen de sus funciones realizó una serie de operaciones independientes, al parecer con otras personas para inducir a otros en error y obtener un aprovechamiento. En este orden de ideas considero con el debido respeto que ese comportamiento difícilmente se subsume en la descripción típica que hace el Art. 133 del C.P.".

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, examina en conjunto la demanda por considerar que los cargos subsidiarios los desarrolla con argumentos similares a los del cargo principal, para concluir solicitando que no se case la sentencia impugnada porque habiéndose aducido violación directa de las normas sustanciales que describen los punibles imputados a Rosa Zahira Vega Sánchez, sin embargo la acusación se desvía hacia un cuestionamiento de las conclusiones probatorias, incurriendo así en un desacierto de orden técnico.

Observa que por ese equivocado camino llega el censor a predicar la no configuración de los delitos de falsedad ideológica y peculado por apropiación, cuando la verdad procesal, tenida por los juzgadores como soporte de la sentencia de condena, proclama que Rosa Zahira Vega Sánchez "actuó en ejercicio de sus funciones oficiales, establecidas legal y reglamentariamente, que extendió y elaboró documentos públicos inveridicos sin ningún sustento real, y de allí la falsedad ideológica, que condujo a que se expidieran cheques que fueron pagados, creó documentos públicos, en ejercicio de su función y también se apropió de los bienes que, dentro de esa tarea compleja de administrar tenía bajo su asignación funcional".

Refiriéndose al concurso delictual entre peculado y falsedad ideológica, expresa que dicha forma concursal es factible, como lo ha sostenido la Corte en varias providencias, una de las cuales transcribe en lo pertinente.

Consideraciones de la Corte

Cargo Principal

La violación directa de la ley sustancial se predica por haberse calificado como falsedad *ideológica* en documento público (art. 219 C. P.), lo que en criterio del casacionista constituye falsedad *material* de empleado oficial en documento público (art. 218 ib.), argumentación en la que insiste con el declarado propósito de derrumbar el concurso de delitos contra la fe pública y peculado por apropiación, endilgados en la resolución de acusación y por los cuales fue condenada su representada en primera y segunda instancia, esforzándose el recurrente en reiterar que tal delito contra la administración pública no puede concurrir con la falsedad material cometida por el *intraneus*.

Así, después de sus reflexiones sobre por qué con los espurios documentos públicos, extendidos para respaldar los fingidos despachos que motivaron esas erogaciones indebidamente dirigidas al particular aprovechamiento ilícito, no se configuró falsedad ideológica sino material, únicamente esboza, pero no explica, ni desarrolla, y mucho menos demuestra que no pueda existir el aludido concurso.

Mal podría lograrlo, al no existir fundamento para sostener que la falsedad cometida por servidor público, sea material o ideológica, absorba el peculado, pues vulneran diversos bienes jurídicos y su consumación acontece en momentos diferentes. Así es palpable en el caso concreto, en donde los reatos están ligados de medio a fin al ser falsificados varios documentos públicos con aptitud probatoria y autónomamente consumada la ilicitud contra la fé pública, utilizarlos para disfrazar las dolosas apropiaciones que vienen a configurar el peculado, el cual podría darse sin la falsedad, como ésta sin aquél.

Aunque los escritos públicos, ideológica o materialmente contrarios a la verdad, hayan sido elaborados con el propósito de facilitar o de ocultar las malversaciones, los elementos constitutivos de ninguno de los hechos punibles resultan subsumidos dentro de los otros y, por el contrario, mantienen su entidad propia.

Pensando que en la falsedad material no ocurre así, el impugnante busca variar la manifestación específica del delito contra la fe pública y argumenta que su asistida Rosa Zahira Vega Sánchez, al extender los documentos de que da cuenta el proceso (espurias planillas de transporte de mercancías con aparente destino a diferentes sucursales de la entidad crediticia oficial, cuentas de cobro y cheques), no lo hizo en ejercicio de una "operación real" que le correspondiera, cuando es lo cierto que, conforme a la prueba recaudada y según se observa especialmente en el Manual de Funciones de los Empleados de la Caja Agraria, la declaración de Jaime Castro Rodríguez y lo dicho por el también sindicado Miguel Angel Arias Sandoval, sí correspondía a la mencionada Vega Sánchez, entre sus múltiples funciones, las de elaborar los comprobantes por concepto de pago de fletes, contabilizar las mercancías recibidas y despachadas, revisar las cuentas de cobro, emitir los cheques de pago y expedir los comprobantes de contabilidad.

Como el concurso con el peculado de todas maneras se presenta en sucesos delictivos de las connotaciones del que motiva este proceso, sea material o ideológica la falsedad perpetrada por el servidor público en los así mismo públicos documentos, carece de trascendencia sobre el fallo la modificación en la calificación que, sin demostrarla e infructuosamente para el fin de desmontar el concurso, pretende el impugnante.

No debe perderse de vista que, para el caso y tratándose de esta modalidad delictiva, lo trascendente es que la irrealidad consignada en el documento público tenga relevancia jurídica, atributo que emerge ostensible en el presente caso, toda vez que los falsos documentos aparecen siendo elaborados por la acusada en connivencia con los coprocesados Arias Sandoval y Bautista Calixto, con el propósito de hacerlos servir de prueba de unas inexistentes operaciones, de cuyo fingimiento efectivamente derivaron la oportunidad para apoderarse de recursos cuya administración se les había confiado a los servidores de la institución financiera estatal, que la defraudaron.

Con dicho proceder se afectó la fe pública, depositada en la autenticidad y veracidad de los documentos públicos, que constituye el bien jurídico tutelado por una de las normas penales en las que encuentra subsunción la conducta realizada. Sobre el particular ha expuesto la Corte desde tiempos atrás:

"El art. 219 del C. Penal tiende a proteger la veracidad de los documentos públicos a fin de que el funcionario exprese la realidad, bien sea en cuanto a

los hechos ocurridos en su presencia, ora respecto a las declaraciones que hayan hecho frente a él los particulares u otros funcionarios públicos, o ya respecto a lo que en ejercicio de sus funciones debe consignar en ellos, a todo lo cual lo obliga el vínculo especial de derecho público que lo liga con la administración" (2 de julio de 1986. M. P. doctor Gustavo Gómez Velásquez).

El recurrente propugna por una equivocación en la adecuación típica de las falsificaciones endilgadas, que estima constitutivas de falsedad material simplemente en procura de desintegrar el concurso, aspiración carente de fundamento y de trascendencia, que además no plantea acertadamente, ni logra demostrar yerro alguno en la determinación del Tribunal.

El errado planteamiento no permite variar la calificación, que si bien podría realizarse al no generar incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, ni violación del derecho de defensa, pudiendo moverse el juez dentro del mismo capítulo que tipifica la conducta imputada mientras no agrave la situación del procesado, resulta intrascendente intentarlo en este caso pues en nada beneficiaría a la sindicada, por carecer de incidencia al ser irrelevante, para el concurso con peculado, que la falsedad sea material o ideológica y estar prevista para ambas la misma cantidad y calidad de pena (arts. 218 y 219 C. P.).

En síntesis, el censor no acredita por qué no considera posible que concurran los delitos cometidos por su asistida si la falsedad fuese material, a pesar de que acepta que "una falsedad ideológica puede dar origen al concurso con peculado", como efectivamente y con acierto asumieron los falladores. Las diferencias entre esas dos modalidades de falsedad, además de no tener efecto en la imposición de la pena desde los puntos de vista cuantitativo ni cualitativo, tampoco generan incidencia alguna sobre el concurso de hechos punibles, el cual surgió por la realización de varios comportamientos diferenciados en tiempo y materialidad, que vulneraron distintos bienes jurídicos.

No prospera el cargo principal.

CARGOS SUBSIDIARIOS

1ª Muy breve es la observación frente a lo que desde su mismo planteamiento está privándose de cualquier viso de prosperidad, en el primer cargo referido como subsidiario, que está formulado por "violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto en el análisis de las pruebas", pero sin especificar en cuáles de éstas ni en que forma se materializa el pretendido yerro, que en inextricable abigarramiento tilda de "falsos juicios de identidad de inexistencia, apreciándolas equivocadamente", como si se pudiera tergiversar el sentido objetivo de alguna probanza que fue ignorada.

Además, al no determinar las pruebas concretas que eventualmente fueron mal apreciadas -u omitidas-, colocaría a la Corte en el vedado

campo de remplazar al demandante y tratar de descubrir hipotéticos errores en algún recóndito ápice de la evaluación probatoria efectuada por los falladores, que de suyo viene precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

Tampoco prospera la impugnación en este reparo, que quedó en un simple enunciado a todas luces frustráneo.

2° Este cargo por atipicidad del delito de peculado adolece de fallas en su presentación, por cuanto a través de la anunciada violación directa del artículo 133 del Código Penal se pretende infructuosamente probar la inexistencia del reato, repudiando los hechos que dio por establecidos el juzgador como constitutivos de la infracción penal, a saber: calidad de servidora pública de la procesada Rosa Zahira Vega Sánchez y, en el argumento específico, relación de administración funcional sobre los dineros de los cuales se apropió, mediante el procedimiento de falsificar documentos destinados a dar soporte probatorio a unas simuladas operaciones de aprovisionamiento.

Cabe recordar que es posible que la procesada no tuviere por sí misma, o exclusiva y excluyentemente, lo que el defensor ubica como "disponibilidad real de los dineros existentes en las cuentas de la Caja Agraria" y que jamás hubiere suscrito "póliza de manejo"; pero esos conceptos restringidos cedieron paso a una más amplia noción sobre la compleja tarea de administrar los bienes del Estado o bajo su custodia, donde lo que resulta típicamente definitorio es la relación funcional entre el servidor público y los bienes que de una u otra manera administraba y decidió apropiarse en su provecho o el de algún tercero.

Por eso la Corte en sentencia de 6 de diciembre de 1982, M.P. doctor Luis Enrique Aldana Rozo, ampliamente transcrita por el Tribunal, expresó y ha venido sosteniendo lo que ahora reitera:

"Ocurre, sin embargo, que la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por este motivo además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto por cuanto éste tiene respecto a aquellos la llamada disponibilidad jurídica.

Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el

auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar."

Debe evocarse que el peculado es delito contra la administración pública, en el que el servidor público actúa esencialmente con violación de sus deberes funcionales; en el proceso resulta evidente que Rosa Zahira Vega Sánchez, a quien le competía "la tarea compleja de administrar los bienes de la Caja Agraria", como afirma el Tribunal, traicionó esos deberes apropiándose en provecho suyo y de terceros de bienes en cuantía superior a tres millones de pesos, adecuando su conducta también al peculado por apropiación descrito en el artículo 133 del Código Penal.

No se abre paso la censura.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, con aclaración de voto; *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia*, salvó voto parcialmente, *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

No obstante estar de acuerdo con la decisión sobre del recurso de casación interpuesto a favor de la procesada Rosa Zahira Vega Sánchez, respecto de quien, por ostentar la calidad de servidor público, no ha prescrito la acción penal, discrepo de la Sala en el sentido de hacer extensivo el lapso de los 6 años y 8 meses como límite máximo de prescripción en la etapa del juicio en relación con el particular Armando Bautista Calixto a quien se acusó en calidad de cómplice de los delitos de peculado por apropiación y falsedad documental, pues al no ostentar éste la cualificación exigida para el autor en esta clase de delitos con sujeto activo cualificado, el término prescriptivo se cumplió el 16 de marzo del año en curso, esto es, 5 años después de ejecutoriada la acusación, pues en mi sentir, en estos casos no es aplicable el artículo 82 del C.P. por las siguientes razones:

1°. La sentencia en cuestión, mantiene el criterio fijado por la Sala en auto de 9 de agosto de 1989, respecto del cual salvó voto el Magistrado Lisandro Martínez Zúñiga.

2°. Permaneciendo entonces incólumes aquellos planteamientos, suficientes serían las ideas disidentes de la época para demostrar su inconsistencia, cuando se estimó que se trataba "de una interpretación extensiva y analógica de la Ley Penal: extensiva, porque es una manera de entender la forma amplificadora del tipo sobre la coparticipación que convierte una situación limitada únicamente al autor en agravación para el coautor. Analógica, ya que termina en una agravación no prevista expresamente por el legislador". Sin embargo, sea del caso, agregar ahora éstas:

a) Para evitar equívocos frente a la referida decisión de 1989, se deja claro -como debe ser- que prescribe es la acción penal y no el delito, pero aun con esta necesaria e importante precisión es evidente que la tesis mayoritaria continúa inconsistente, pues desconoce que la acción penal está dirigida, como manifestación del poder punitivo del Estado, a determinar la responsabilidad o su exclusión, de cada procesado y no indistintamente la de todos los partícipes del delito, ya que su individualidad se lo impide.

b) El hecho que en un proceso se juzgue a varias personas en manera alguna significa que el ejercicio del poder punitivo estatal esté desconociendo la individualidad de la responsabilidad penal, que entre nosotros tiene claro sustento en el inciso segundo del artículo 29 de la Carta Políti-

ca, de conformidad con el cual el juzgamiento penal deberá hacerse de conformidad con las leyes preexistentes al momento en que el incriminado realice el "*acto que se le imputa*".

c) Ahora, siendo que la prescripción -en forma general- no es nada diverso a la decisión del Estado para no continuar con el ejercicio de la acción penal, parece obvio que esa renuncia a la persecución delictual implica la renuncia al establecimiento del responsable; de ahí que prescriba la acción y no el delito. Por ende, la referida individualidad penal debe abarcar en un Estado de Derecho todo el ejercicio del poder punitivo del Estado y no sólo una parte de él, ya que de no ser así el sistema penal se quebraría por contradictorio.

d) En estas condiciones el fenómeno jurídico de la prescripción también es individual, como sin restricción alguna lo reconoce el artículo 85 del Código Penal al disponer que "Cuando fueren varios los hechos punibles Juzgados en un sólo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos". No queda duda, por tanto, que los precedentes supuestos teóricos encuentran plena realización en nuestra normatividad positiva, esto es, que la acción penal es individual así en el mismo proceso se investigue una multiplicidad de conductas punibles.

e) No resulta, entonces, jurídicamente convincente el énfasis que se hace en la decisión mayoritaria al dar aplicación al artículo 82 del Código Penal para los cómplices particulares de los delitos que exigen sujeto activo cualificado de orden jurídico, como es el caso del peculado que exige la calidad de servidor público de conformidad con el artículo 133 original del Código Penal y actualmente con Ley 190 de 1995, y en la premisa de que como prescribe es la acción penal y no el delito, éste incremento punitivo puede aplicarse en estos casos, pues como se vio, aun en estas condiciones, ello no es posible.

f) Y no es posible porque si bien, como es una verdad inconcusa, los términos prescriptivos no pueden entenderse como "plazos de pena" sino como lapsos que la ley iguala a las cantidades establecidas para aquella consecuencia jurídico-principal del delito, lo es también, que al disponer el artículo 82 del Código Penal que "El término de prescripción señalado en el artículo 80 aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos", se está dirigiendo a todos aquellos tipos penales que exigen al sujeto activo ser empleado oficial, o diríamos hoy en día, servidor público, como lo dispone la nueva Carta Política y la referida Ley 190 de 1995, pues si lo que prescribe es la acción penal y no el delito y esta es individual, no se ve cómo pueda extenderse esta calidad a quien carece de ella, ya que si esto fuere posible, no cabe duda, que la disposición sobraría porque quedaría al ar-

bitrio del juzgador establecer que tipos penales exigen esa cualificación o cuales no, lo cual desde luego, por lo menos en nuestro sistema penal no es posible.

g) Es que, en verdad, no resulta coherente que luego de un importante esfuerzo jurisprudencial y doctrinario se llegue a admitir como tesis predominante en nuestro medio, que el particular así haya realizado actos materiales de autor en los delitos que exigen sujeto activo cualificado, responda como cómplice precisamente por carecer de esa calidad y para efectos de la prescripción se les contabilice el término prescriptivo como si la tuviesen. Un tal proceder está indicando, necesariamente, que la tesis de la complicidad desaparecería y habría que impulársele a estas personas nada menos que la autoría delictual, lo cual, desde luego, sería un despropósito.

h) De otra parte, como se ha observado en otras oportunidades en las que igualmente me he separado del criterio mayoritario, el argumento principalísimo de dicha tesis, es que la interpretación que debe dársele al mencionado artículo 82 del Código Penal es la de extender ese término prescriptivo también a los cómplices particulares, por cuanto "es palpable la mayor dificultad en que se encuentra el aparato estatal para descubrir, investigar y juzgar, en breve tiempo, tal clase de ilicitudes". Y se agrega, que "La ventaja que para el logro de la prescripción obtienen sus partícipes por la mayor dificultad que su modalidad específica genera para su descubrimiento o juzgamiento, es compensada por la ley mediante la extensión racional del término prescriptivo. Y como esa ventaja no se presenta en favor de uno de los partícipes en el hecho, sino en todos, es apenas natural que a todos cubra el mecanismo extensivo que se diseño para malograr sus efectos".

Esto puede ser cierto, no obstante, el problema radica en que desafortunadamente la ley limitó la aplicación de ese artículo 82 a los servidores públicos y no a los particulares; de ahí que la tesis mayoritaria no pueda dar una razón jurídico legal para esa extensión y tenga que recurrir a la expresión "es apenas natural" que a todos cubra el mecanismo extensivo que se diseñó para malograr sus efectos, es decir, que es por convicción de lege ferenda que se llega a esa conclusión y no porque la ley lo permita.

i) Entiende, claro está, el suscrito Magistrado, que el esfuerzo hermenéutico es interesante fundamentalmente en épocas de corrupción administrativa como la presente, pero, también es evidente que esta clase de interpretaciones lo que demuestran es la necesidad de una reforma legal en dicho sentido, pues de los contrario, el principio de seguridad jurídica frente a los destinatarios de la ley penal pierde claridad, más aún cuando por solucionar un problema se genera otro más complicado, como el ya expuesto, en el sentido de que mientras para establecer el grado de participación delictual el partícipe queda como cómplice por no ser servi-

dor público para efectos de la prescripción si lo es y además, se dejan pendientes problemáticas de difícil solución como las que brindaría la casuística al preguntarse ¿qué pasaría, por ejemplo, con el término prescriptivo del cómplice particular cuándo el autor -servidor público- fallece en el curso del proceso?; y ¿qué sucedería con el cómplice particular cuando el autor alega y se prueba un error de tipo sobre la referida calidad jurídica?

Finalmente, la Sala Mayoritaria, reafirma, como lo ha expuesto en fallos anteriores recientes, la tesis objeto del disentimiento en el fallo de exequibilidad del artículo 82 del Código Penal, coligiendo como lo sostiene la Corte Constitucional que el aumento del término prescriptivo para casos como el presente, se debe a cuestiones de política criminal del Estado, y claro que esto también es cierto, pero lo que ocurre es que el Juez Constitucional se refiere a lo largo de la sentencia al servidor público y por ninguna parte a los particulares; por ello, a contrario de lo que se piensa, este fallo está es fortificando mi insular interpretación en la Sala. Por esto es que no dudó la Corte Constitucional en la motivación del fallo en recordar los antecedentes del actual artículo 82 en cita, resaltando que en el anteproyecto de Código Penal de 1976 cuando por primera vez se introdujo el tema, la norma se propuso, incrementando el término prescriptivo para los delitos cometidos por los empleados oficiales "en ejercicio de sus funciones".

Carlos Augusto Gálvez Argote,

Magistrado.

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

El punto de mi discrepancia con la mayoría radica exclusivamente en que mientras para ésta no ha operado la prescripción de la acción penal adelantada contra el cómplice, para mí sí, y en consecuencia, ha debido decretarse dicha prescripción y consecuencialmente la cesación de procedimiento correspondiente.

Las razones que tengo para fundar mi desentimiento ya han sido expresadas así:

"Comparto la afirmación de que 'el asunto es muy sencillo', pero no la solución que se ha dado por la mayoría. Las razones son las siguientes: a). La Legislación colombiana, al referirse a la prescripción de la acción penal en la etapa del sumario, señala una regla que es contenida en el artículo 80 del C.P., esto es, que tal fenomeno se da 'en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco ni excederá de veinte' (si no fuere privativa de la libertad, el término será de cinco años). Y agrega, que para este efecto 'se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes'. (la subraya fuera del texto).

"Esas... 'circustancias concurrentes" son todas las específicas que atenúan o agravan el delito y obviamente aquellas que el propio legislador señaló para los fines exclusivamente prescriptivos de la acción como las de los artículos 81 y 82 del C. P. que, en consecuencia, han de ser deducidas en el sumario en cumplimiento de la regla señalada, por ser no sólo circustancias de 'agravación punitiva' cuando de prescripción de la acción se trata, sino además, estar contenidas en preceptos consecutivos.

"La excepción a esta regla tan clara, la trae el artículo 84 *ibidem* en forma igualmente inequívoca, esto es, que en el juicio ese término prescriptivo de la acción fijado se reduce a la mitad ('por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80', dice perentoriamente la norma), sin que pueda se inferior a cinco años.

"Por manera que ante tal claridad normativa ha de sostenerse sin lugar a la menor duda que el legislador ha querido que el término prescriptivo de la acción en la etapa del juicio sea la mitad del señalado para el sumario, sin que pueda ser inferior a cinco años, o dicho de otra manera, que

para encontrar el término prescriptivo de la acción en la etapa del juicio, se debe deducir primero el del sumario para el caso concreto (tomando en cuenta las circunstancias específicas que atenúen o gravamen la pena y la de los artículos 81 y 82 del C. P.) y luego se divide por dos.

"La mayoría de la sala, en la providencia de la cual discrepo, no atendió esta elemental regla con lo cual -y lo digo con sumo respeto- no sólo dedujo doblemente la circunstancia referida en el artículo 82 del C. P., sino que, además, dejó el término prescriptivo de la acción igual tanto para el sumario como para el juicio, cuando el legislador, como se vio, dijo que éste tenía que ser la mitad de aquél.

"La interpretación de la mayoría sería viable no obstante la contradicción puesta la relieve, si el contenido del artículo 82 hubiese correspondido al epígrafe del mismo, para lo cual tendría que haber dicho por ejemplo, 'El término prescriptivo de la acción se aumenta en una tercera parte en tales eventos...', o al menos que hubiesen sido normas posteriores al artículo 84; ahí sí jugaría el incremento tanto en el sumario como en el juicio. Pero, como eso no es lo que dice la norma, sino que lo deducido en los artículos 80, 81 y 82 se divida en la etapa del juicio por dos, no puedo compartir la tesis mayoritaria que, por lo demás, es una interpretación desfavorable al procesado pues, en mi sentir, la acción está prescrita por tratarse de la etapa del juicio y haber transcurrido cinco años (tope mínimo para todos los eventos, sin excepción alguna), toda vez que la mitad de 6 años y 8 meses (término en que prescribía la acción en el sumario) es inferior al mínimo fijado en el artículo 84 del C.P.. ". (Salvamento de Voto. Casación 10.890 de dic. 6/95 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Dídimo Páez Velandia,

Magistrado.

CONSULTA/ DOBLE INSTANCIA-Excepciones.

1. Si bien el artículo 31 de la Constitución Política establece como norma general el que toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada, dejó en manos del legislador la facultad de señalar excepciones.

La Carta misma permite determinar lógica y sistemáticamente casos en que la doble instancia no puede existir, y eso no comporta vulneración a garantía alguna.

Cuando la Ley de leyes ubica, en su artículo 234, a la Corte Suprema de Justicia como "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" y le atribuye, en el 235, la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, impone una excepción a aquel principio, pues la Corporación sólo podrá ejercer tal competencia en procesos de única instancia en los que las decisiones carecen, obviamente, del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de consulta.

Es decir "se trata de un procedimiento constitucional y legalmente previsto como de única instancia bajo el conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, sin que medie argumento válido que lleve a colegir que una es la Corte cuando conoce de un proceso en única instancia, y otra cuando lo hace por vía del recurso extraordinario, pues dado como le ha sido entre sus fines el de unificación de la jurisprudencia, y dentro de la jerarquía judicial el rango de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, el mismo cuidado y la misma fuerza doctrinaria tendrán sus pronunciamientos cuando actúe por vía de instancia como cuando lo haga en sede de casación..." (Auto de junio 3 de 1996. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

2. No siendo viable, entonces, la apelación o consulta de las sentencias de única instancia dictadas por la Corte, pues como máximo tribunal carece de un superior que las revise, ni ellas pueden ser reformadas ni revocadas por el mismo juez o sala de decisión que las dictó (Art. 211 C. de P.P.), con mayor razón resulta improcedente el recurso extraordinario de casación, así se interponga de la manera excepcional que lo hace el procesado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., mayo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Proceso No. 8664

Aprobado: Acta No.70 (14-05-98)

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación que contra la sentencia condenatoria de marzo 19 del presente año, dictada por esta Corporación, interpusiera el doctor Jairo José Ruiz Medina.

ANTECEDENTES

1. En virtud del fuero constitucional que ampara al Dr. Jairo José Ruiz Medina la Corte adelantó en su contra proceso penal que concluyó con la sentencia del pasado 19 de marzo de 1998, por medio de la cual se le condenó, como autor del delito de prevaricato por acción, a las penas principales de cuarenta y dos meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso y a la accesoria de pérdida del empleo público u oficial, así como al pago de perjuicios y se le negó la concesión del subrogado penal de condena de ejecución condicional.

2. No obstante reconocer e incluso relacionar las decisiones de la Corte al respecto, el aforado interpone "RECURSO EXXTRAORDINARIO (sic) DE CASACION EXCEPCIONAL" contra la sentencia dictada en este proceso, que dice justificar así:

a. Cuando el artículo 218 del C. de P.P. en su inciso tercero se refiere a lo excepcional lo hace respecto de situaciones que se apartan de las ordinariamente previstas en los dos primeros.

b. Lo anterior, en consideración del recurrente, significa que, de no aceptarse la procedencia del recurso extraordinario frente a juicios de única instancia, se estaría partiendo de la infalibilidad del juez de máxima jerarquía, situación inaceptable si se observa que uno de los fines de la casación excepcional es la garantía de los derechos fundamentales y que en su caso hace relación específica al debido proceso en la medida en que la sentencia le dedujo dos hechos que no corresponden a la verdad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Si bien el artículo 31 de la Constitución Política establece como norma general el que toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada, dejó en manos del legislador la facultad de señalar excepciones.

La Carta misma permite determinar lógica y sistemáticamente casos en que la doble instancia no puede existir, y eso no comporta vulneración a garantía alguna.

Cuando la Ley de leyes ubica, en su artículo 234, a la Corte Suprema de Justicia como "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" y le atribuye, en el 235, la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, impone una excepción a aquel principio, pues la Corporación sólo podrá ejercer tal competencia en procesos de única instancia en los que las decisiones carecen, obviamente, del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de consulta.

Es decir "se trata de un procedimiento constitucional y legalmente previsto como de única instancia bajo el conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, sin que medie argumento válido que lleve a colegir que una es la Corte cuando conoce de un proceso en única instancia, y otra cuando lo hace por vía del recurso extraordinario, pues dado como le ha sido entre sus fines el de unificación de la jurisprudencia, y dentro de la jerarquía judicial el rango de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, el mismo cuidado y la misma fuerza doctrinaria tendrán sus pronunciamientos cuando actúe por vía de instancia como cuando lo haga en sede de casación..." (Auto de junio 3 de 1996. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

2. No siendo viable, entonces, la apelación o consulta de las sentencias de única instancia dictadas por la Corte, pues como máximo tribunal carece de un superior que las revise, ni ellas pueden ser reformadas ni revocadas por el mismo juez o sala de decisión que las dictó (Art. 211 C. de P.P.), con mayor razón resulta improcedente el recurso extraordinario de casación, así se interponga de la manera excepcional que lo hace el procesado.

3. La Sala, no sólo en las decisiones que refiere el memorialista, ha determinado la improcedencia del recurso extraordinario en sus dos modalidades, frente a decisiones de única instancia, por manera que no sobra reiterar que la casación, así sea la excepcional, "solo es posible respecto de sentencias proferidas en virtud del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de la consulta, a las cuales se extiende el recurso extraordinario si se dan las especiales exigencias consagradas en la ley".

"Cuando el inciso 3º. del artículo 218 del estatuto procesal dice que la Corte 'puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados', se refiere a sentencias de segunda instancia que no reúnen el requisito de la pena y/o que fueron dictadas por un juez y no por un Tribunal Superior. De ninguna manera puede extenderse la interpretación a las sentencias de única instancia que por su propia naturaleza no son impugnables, y es obvio que la discrecionalidad otorgada a la Sala no llega hasta ese extremo". (Auto de febrero 3 de 1994. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

RESUELVE:

NO ADMITIR el recurso de casación interpuesto por el aforado Jairo José Ruiz Medina contra la sentencia que en este proceso de única instancia se dictó en su contra.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ COLISION DE COMPETENCIA

1. La competencia para conocer de un delito comprende un conjunto de factores que la determinan, referidos a la naturaleza del hecho, el territorio, la persona del procesado y, en tratándose de punibles contra el patrimonio económico, la cuantía. Por manera que en virtud de cualquiera de ellos puede generarse conflicto de ese carácter.

2. Tanto las derogadas Leyes 104 de 1993, a que hizo referencia el Juzgado Penal del Circuito, y 241 de 1995, como la vigente 418 de diciembre 26 de 1997 especificaron ciertos factores de competencia en los siguientes términos:

"Los jueces regionales conocerán del delito de hurto y los conexos con el mismo, cuando aquel recaiga sobre petróleo y sus derivados que se sustraigan lícitamente de un oleoducto o gasoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento, siempre que la cuantía exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes del momento de comisión del hecho". (Art. 89 Ley 104/93 y art. 96 Ley 418/97).

Resulta claro que la norma transcrita no modifica en nada la descripción típica del hurto y que sencillamente lo que hace es precisar esos factores que permiten asignar el conocimiento de un asunto a determinado funcionario, señalando casuísticamente el objeto material, la circunstancia espacial y la cuantía. Por tanto cuando el hurto tenga por objeto material el petróleo o sus derivados, cuando él haya sido sustraído de oleoducto, gasoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento y su valor sea superior al equivalente a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes para el momento de comisión del hurto, la competencia para conocer de éste y sus conexos será del juez regional.

En sentido contrario, cuando no se logren determinar esas circunstancias operará entonces la cláusula general de competencia que corresponde al juez del circuito o, mirada la cuantía, en tanto sea inferior a esos 10 salarios, se trasladará entonces la competencia al juzgado penal municipal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., mayo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Proceso No. 14323

Aprobado: Acta No. 70 (14-05-98).

VISTOS

Dirime la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito de Girardota y uno Regional de Medellín.

ANTECEDENTES

1. Dentro de operaciones de control realizadas en el municipio de Barbosa Antioquia, el día 8 de abril de 1997, unidades de la Policía Nacional retuvieron el vehículo carrotanque marca Austin de placas SKJ-468 en el que eran transportados aproximadamente 3.400 galones de gasolina.

Requerido el conductor, Luis Fernando Franco, sobre la documentación que le permitía el transporte del combustible presentó licencia de tránsito y tarjeta de operación del vehículo así como guía y factura de venta expedidas por Terpel, Planta Cisneros Antioquia.

Como la guía en mención había vencido el día 7 de abril de 1997, las autoridades policivas hicieron las primeras averiguaciones estableciendo que tanto los documentos del vehículo como los documentos referidos al combustible transportado eran materialmente falsos. Se estableció también que el precitado vehículo no había cargado nunca el combustible en la Planta Cisneros.

2. Adelantada la correspondiente investigación, a la cual fue vinculado el conductor del carrotanque, se corroboró no solamente la falsedad de los documentos, sino que además se estableció que el combustible no había sido cargado en ninguna de las plantas de Terpel Antioquia y que en los últimos 4 años la planta de Cisneros no ha sido objeto de hurto de gasolina.

También se determinó, mediante prueba idónea, que luego del proceso de refinación la gasolina es conducida por los oleoductos a centros de acopio y comercialización en donde Ecopetrol inyecta un marcador con el fin de controlar su procedencia: sin embargo este control se tiene establecido solamente en Cartagena, Barrancabermeja, Refinería, Lisama y Bucaramanga por lo que la prueba del marcador no es un elemento representativo en este asunto, dado que en la zona donde se incautó la gasolina no se ha implementado ese tipo de control y eso en cierto modo explica que al combustible objeto del proceso no se le hubiere hallado el marcador en mención.

3. El mérito de la instrucción fue calificado, por la Fiscalía Seccional de Barbosa, con resolución de acusación por los delitos de hurto agravado,

falsedad en documento privado y uso de documento público falso, decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín.

4. El Juzgado Penal del Circuito de Girardota asumió el conocimiento del juicio y dentro de éste se recogieron pruebas que permitieron establecer:

a) Que a abril 7 de 1997, según los balances diarios de operaciones, en el terminal de oleoductos "La María" Medellín se presentaba un faltante de 53.550 galones por un valor de $64'099.350,oo a razón de $1.197,oo galón.

b) Que para el mes de abril fueron detectadas válvulas ilícitas en el poliducto Sebastopol-Medellín, dos de ellas en el municipio de Santo Domingo, kilómetro 111+980, vereda Agua Fría, y kilómetro 141+900.

5. El juicio se adelantó hasta realizarse la audiencia pública, pero al entrar el Juzgado Penal del Circuito de Girardota a dictar sentencia encontró que, con los nuevos elementos aportados en la causa, la competencia correspondía al Juez Regional.

Para esos efectos consideró:

a) El día 7 de abril de 1997 fueron hurtados a Ecopetrol 53.550 galones de combustible y precisamente ese día el procesado recibió el carrotanque a él encartado.

b) En el municipio de Santo Domingo fue detectada una de las válvulas ilícitas; el procesado recibió el carrotanque cerca al municipio de Cisneros que es colindante con aquel.

c) El vehículo interceptado por la policía no cargó en ninguna de las plantas de Terpel, ni en el mes de abril la planta de Cisneros fue objeto de sustracción.

Por tanto, concluyó el Juzgado del Circuito, queriendo significar con ello que el combustible se sustrajo de oleoducto: "se presume que el atentado contra el patrimonio económico que se investiga se le ocasionó a la Empresa Colombiana de Petróleos 'Ecopetrol'...", y por ende, en aplicación del artículo 89 de la Ley 104 de 1993, dispuso el envío de las diligencias al Juez Regional de Medellín a quien propuso colisión negativa de competencias.

6. Por su parte el Juzgado Regional aceptó la colisión propuesta argumentando que la funcionaria del Circuito simplemente presume, no tiene la certeza, de que el sujeto pasivo del hurto fue Ecopetrol, por manera que bien pudo haber sido esta distribuidora o cualquier otra la afectada.

Luego, en ese orden, si no es posible determinar a qué distribuidor se le hurtó el combustible, menos se puede entrar a colegir con suficiente

convicción que la gasolina se obtuvo ilícitamente del oleoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento, pues entonces tendría que aceptarse que el acusado es el responsable de todo el faltante que se presentaba para la fecha de su captura.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia para conocer de un delito comprende un conjunto de factores que la determinan, referidos a la naturaleza del hecho, el territorio, la persona del procesado y, en tratándose de punibles contra el patrimonio económico, la cuantía. Por manera que en virtud de cualquiera de ellos puede generarse conflicto de ese carácter.

2. Tanto las derogadas Leyes 104 de 1993, a que hizo referencia el Juzgado Penal del Circuito, y 241 de 1995, como la vigente 418 de diciembre 26 de 1997 especificaron ciertos factores de competencia en los siguientes términos:

"Los jueces regionales conocerán del delito de hurto y los conexos con el mismo, cuando aquel recaiga sobre petróleo y sus derivados que se sustraigan ilícitamente de un oleoducto o gasoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento, siempre que la cuantía exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes del momento de comisión del hecho". (Art. 89 Ley 104/93 y art. 96 Ley 418/97).

Resulta claro que la norma transcrita no modifica en nada la descripción típica del hurto y que sencillamente lo que hace es precisar esos factores que permiten asignar el conocimiento de un asunto a determinado funcionario, señalando casuísticamente el objeto material, la circunstancia espacial y la cuantía. Por tanto cuando el hurto tenga por objeto material el petróleo o sus derivados, cuando él haya sido sustraído de oleoducto, gasoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento y su valor sea superior al equivalente a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes para el momento de comisión del hurto, la competencia para conocer de éste y sus conexos será del juez regional.

En sentido contrario, cuando no se logren determinar esas circunstancias operará entonces la cláusula general de competencia que corresponde al juez del circuito o, mirada la cuantía, en tanto sea inferior a esos 10 salarios, se trasladará entonces la competencia al juzgado penal municipal.

3. En este asunto, los juzgados en conflicto están de acuerdo en que la calificación por el punible de hurto, del que se deriva la colisión, efectuada en la resolución de acusación corresponde a lo probado; la contradicción surge al momento de analizar los factores de competencia que se pretenden para el hecho objeto del proceso, y en eso resulta desacertada la conclusión del Juzgado del Circuito.

Si bien el despacho en mención llega a la conclusión de que el sujeto pasivo de la infracción fue Ecopetrol ha de inferirse que tal afirmación envuelve aquella según la cual el hurto se habría cometido en el oleoducto de la citada empresa.

4. Dado que sobre el objeto material (petróleo y sus derivados) y su valor (superior al equivalente a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes para 1997)no hay discrepancia alguna, la colisión se puntualiza simplemente en la circunstancia espacial: el hurto se cometió en el oleoducto, infiere el Juzgado del Circuito: no se encuentra demostrado ese hecho, concluye el Regional.

5. En efecto, los elementos de prueba de que se valió la funcionaria del Circuito no permiten acreditar a ciencia cierta ese factor de competencia que ha suscitado la colisión.

En primer término resulta incuestionable que no es solamente Ecopetrol la empresa que en nuestro país explota el petróleo y produce sus derivados, como evidente es que no solamente Terpel comercializa esos mismos productos o que solamente por los oleoductos se transportan. Las reglas de la experiencia indican que en el país existen variados exploradores, explotadores, distribuidores y comercializadores y además que el petróleo y sus derivados se transportan también por vía férrea o en vehículos cisterna.

La deducción tácita a que llegó el Juzgado Penal del Circuito de Girardota es apenas una de las varias probabilidades que pueden surgir acerca del lugar donde ocurrió el apoderamiento del combustible que se imputa al acusado, así lo confirma el hecho de que el faltante de 53.550 galones en el terminal de oleoductos La María corresponda a un acumulado hasta esa fecha y no exclusivamente al del día 7 de abril, como erradamente lo entendió el despacho proponente de la colisión: o el hecho de que al combustible incautado no se le hubiere detectado el marcador que usa Ecopetrol. Esto significa que el factor de competencia, causa del conflicto, no se encuentra debidamente acreditado, por lo que ha de operar la cláusula general establecida en el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal para asignarle el conocimiento de este juicio al Juzgado del Circuito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1°. ASIGNAR la competencia para conocer de este asunto al Juzgado Penal del Circuito de Girardota. Por Secretaría de la Sala remítasele el expediente.

2°. Por la misma Secretaría expídase copia de esta decisión y envíese al Juzgado Regional de Medellín, para su información.

Cóplese, notifíquese y cúmplase

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS-Pistola-Munición

En cuanto a la pistola, si bien es cierto que se trata de un arma de fuego calibre 9 mm. y su cañón no excede de 15.24 cm. (6 pulgadas), también lo es que su proveedor aparentemente supera en mucho el máximo permitido por la disposición ya referida, empero, ya la Corte en reiteradas decisiones, entre otras la del 22 de agosto de 1996, ha precisado que si la referencia corresponde a una pistola, se habrá de efectuar el cotejo de los caracteres que la identifican con los establecidos en la Ley para determinar si es de defensa personal o de uso privativo de la fuerza pública.

"... la diferencia básica entre una pistola y una pistola ametralladora (subfusil) radica esencialmente en su mecanismo original de funcionamiento, esto es que la primera es semiautomática y la segunda es automática, aun cuando las dos pueden cumplir las dos funciones a través de un dispositivo denominado selector de disparo. Las restantes características no son exclusivas de cada tipo de arma y por tanto, no permiten la diferenciación, pues si bien, generalmente la pistola es arma para usar con una sola mano, según el autor citado, también se fabrican pistolas ametralladoras con diseño para usar con una sola mano: una y otra pueden funcionar con calibre 9 mm., y la versatilidad en la capacidad de los proveedores tampoco permite distinguirlas".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 14363

Aprobado Acta No. 71.

De plano decide la Corte el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Primero Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) y Regional de Santafé de Bogotá, para conocer del proceso seguido contra Carlos Alberto Pineda Garrido por el delito de porte ilegal de armas de fuego.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

De las diligencias remitidas a esta Corporación para dirimir el conflicto, se tiene que con base en el informe del Departamento de Policía Tolima, Estación Policía de Carreteras, la Fiscalía 23 de la Unidad Primera de Patrimonio Económico de Ibagué el 2 de septiembre de 1997 (fl. 12), abrió la correspondiente investigación penal contra Carlos Albeiro Pineda Garrido y otros a quienes oyó en indagatoria (fl. 66 a 83). Por resolución del 12 de los citados mes y año, el Fiscal instructor dictó en contra de los sindicados medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y preclusión por el punible de hurto (fl. 97 a 104).

Mediante escrito dirigido al Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué, el procesado JORGE ELIECER ROJAS SIERRA manifestó acogerse a los beneficios consagrados en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (fl.194), razón por la cual el 18 de noviembre de 1997 el instructor accedió a la petición, señalando el día lunes 24 siguiente a las 9:00 a.m. para celebrar la audiencia sobre sentencia anticipada (fl. 212), llevándose efectivamente a cabo en la fecha y hora indicadas (fl. 216 y ss). Concluida la diligencia, ante la aceptación de los cargos presentados por la Fiscalía, por auto de la misma fecha se ordenó el envío de las diligencias al Juzgado Penal del Circuito -reparto- de Ibagué, para lo de su competencia (fl. 219).

Similar petición elevó el procesado Carlos Albeiro Pineda Garrido (fl. 221), siendo atendida por el instructor el 27 de noviembre de 1997 (fl. 226), señalando el día 4 de diciembre siguiente a las 9:00 a.m. para llevar a cabo la correspondiente audiencia, cumpliéndose efectivamente en la fecha y hora determinadas (fl. 230 y 231). En la misma fecha se ordenó remitir la actuación al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Ibagué, dejando al detenido a su disposición.

Esta segunda actuación correspondió al Juez Primero Penal del Circuito, quien mediante auto del 25 de enero del corriente año se inhibió de dictar sentencia condenatoria anticipada por considerarse incompetente para ello, razón por la cual dispuso la remisión de la actuación a los Juzgados Regionales de Santafé de Bogotá, provocando conflicto negativo de competencia de no ser aceptados sus planteamientos.

LA COLISIÓN

El citado funcionario judicial, expuso su criterio de la siguiente manera:

"...después de un estudio y análisis concienzudo realizado por este Juzgado a todas y cada una de las pruebas allegadas al proceso, al igual que a las mismas decisiones proferidas por el instructor-acusador, in-

cludas la resolución que decidió la situación jurídica del implicado Carlos Albeiro Pineda Garrido y la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, se llega a la inexorable pero ineludible conclusión de que este Despacho carece de competencia para proferir la decisión que resuelva en definitiva la situación de Carlos Albeiro Pineda Garrido, en atención a que en la conducta cuestionada puede pregonarse la existencia del concurso de los delitos de porte de municiones -por cantidad- con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, lo que significa que el competente para fallar el presente asunto lo es el Juez Regional con sede en Santa Fé de Bogotá (artículo 71 numeral 4° del Código de Procedimiento Penal). Veamos:

"De lo obrante en el plenario, concretamente del informe policivo visto de folio 1 a 4, así como también de la inspección judicial efectuada por perito idóneo y oficial sobre las armas de fuego y proyectiles incautados (folio 64), fácilmente se colige que si bien por sus características, forma de incautación, carencia de salvoconducto del revólver y la pistola, encajaría dentro de las previsiones del artículo 201 del Código Penal, modificado por el Decreto -ley 3664 de 1986, de competencia de estos juzgados, también se puede fácilmente ver que el número de proyectiles igualmente hallados con aquellas por la policía -34 cartuchos calibre 9 mm clase pistola, submelralladora o subfusil, etcétera, con todos los elementos para ser disparados en la pistola enunciada, puesto que se puede, y 11 cartuchos calibre 32 largo clase revólver, en buenas condiciones-, supera en cantidad a la capacidad normal de cada una de estas como lo veremos a continuación"

"En el dictamen el perito reseña que la pistola presenta dos proveedores, uno para alojar 20 cartuchos y el otro para alojar 15, no significando ello que la carga natural de dicha arma de fuego sea la sumatoria de estas, pues al tenor del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993 que define y dosifica las armas de defensa personal, en el inciso 4° del literal a) como características de las misma alude la 'capacidad en el proveedor de la pistola no superior a nueve cartuchos a excepción de los que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplia a 10 cartuchos" (fls. 241 y 242).

Para robustecer lo afirmado, el funcionario se remite a la decisión de fecha 15 de julio de 1996 de esta Sala con ponencia del Magistrado doctor Ricardo Calvete Rangel (Rad. 11.843).

Por su parte, el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, en proveído del 24 de marzo último, aceptó el conflicto planteado y ordenó remitir la actuación a esta Sala para dirimirlo, bajo los siguientes argumentos:

"Bien claro resulta el hecho de que el simultáneo hallazgo de armas y municiones en poder de una persona carente de facultad para ello no necesariamente entraña la presencia de un concurso delictual; precisamente nuestro Colegiado rector en lo penal en múltiples ocasiones, entre ellas

el 5 de julio y 22 de agosto de 1996 y el 7 de octubre de 1997, en proveídos cuya ponencia recayó en los H. Magistrados. Mejía Escobar y Arboleda Ripoll. han advertido lo contrario. al tiempo que han recomendado mesura en el examen de ciertos parámetros que permiten considerar o no su existencia".

"La naturaleza del arma, el número de municiones incautadas, su clase, las circunstancias específicas en que fueron descubiertos tales admirículos, las explicaciones brindadas por los aprehendidos y en general los aspectos modales que rodearon la conducta, son solo algunos de los tópicos que debe considerar el Juzgado para atestar que existe concurso de hechos punibles en vez de unidad de imputaciones entre el porte de las armas y su parque" (fl. 254).

Y agrega:

"No portaban los retenidos, uno de los cuales recuérdese que logró huir, mas de los cartuchos que podrían ser utilizados para cargar por una sola el arma una vez desocupada, incluso tenían un número inferior al necesario para colmar el proveedor o el tambor, pero sobre todo, es tan evidente su potencial utilización en estos mismos artefactos, por tanto su posible integración al concepto de arma, que el parque 9 mm estaba inserto dentro de un dispositivo de aprovisionamiento perfectamente compatible con la pistola incautada (fl. 64)" (fl. 255).

Transcribe el funcionario apartes de las decisiones de esta Sala por él citadas, para concluir que 'Una destacada unidad fáctica y jurídica encuentra entonces esta oficina en el porte de los dos personajes referidos por los uniformados a cuyo cargo estuvo la realización del dispositivo de control del revólver con los cinco cartuchos adicionales y la pistola con un proveedor adicional a poco de estar colmado en su integridad, merced a lo cual no avocará el conocimieto de los hechos, aceptará la colisión provocada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) y ordenará la remisión de las pesquisas a la H. Corte Suprema de Justicia". (fl. 257).

Consideraciones de la Corte

Como puede apreciarse, los funcionarios colisionantes adoptan posiciones extremas, con la creencia de estar acertando bajo los presupuestos que en oportunidades pasadas ha precisado esta Sala al resolver conflictos de competencia suscitados entre jueces de la misma jurisdicción de quienes ahora se niegan a conocer del caso concreto.

Sea lo primero advertir que según diligencia de inspección judicial practicada por el instructor a las armas y municiones incautadas a los capturados el 1° de septiembre de 1997, con intervención del técnico en balística de la Sijin perteneciente al Departamento de Policía Tolima y quien actuó como perito, se determinó: "A) un arma de fuego marca Smith Wesson,

calibre 9 mm., clase pistola, tipo arma de cuña, número A355196, capacidad presenta dos proveedores metálicos uno para alojar 20 cartuchos y el otro para alojar 15 cartuchos, FUNCIONAMIENTO semiautomático con doble acción, longitud del cañón 10.5 cms. en cuyo interior presenta cinco estrías giratorias a la derecha. ACABADO: caja de los mecanismos niquelada y carro pavonado, cachas en pasta color negro, gravados Smith & Wesson Made in Usa marcas registradas Springfield, mas esta pistola fue fabricada en forma industrial y se encuentra en buen estado de funcionamiento mecánico hecho que se comprueba al efectuar disparos de prueba en seco. B) Un arma de fuego marca Smith & Wesson, calibre 32 largo, clase revólver, tipo arma de puño, número H116584, capacidad tambor para seis cartuchos, funcionamiento por repetición, longitud del cañón 2" en cuyo interior presenta cinco estrías de rotación derecha, acabado pavonado cachas de madera color caoba , gravados Smith & Wesson 32 S & W long. Made in Usa Marca registrada Springfield, mas este revólver fue fabricado en forma industrial y se encuentra al igual que la anterior en buen estado de funcionamiento mecánico. C) 34 cartuchos calibre 9 mm., clase pistola, subametralladora o subfusil, tipo encamisados, forma cilindro ogival, constitución fulminante, vainilla carga de pólvora y proyectil gravados indumil 9 mm. Estos cartuchos se encuentran con todos sus elementos necesarios para ser disparados hecho que se puede efectuar en la pistola antes mencionada. D) 11 cartuchos calibre .32 largo, clase revólver, tipo común, forma cilindro - gival, constitución fulminante, vainilla, carga de pólvora y proyectil , gravados indumil 32L estos cartuchos al igual que los anteriores se encuentran en buenas condiciones de conservación por tanto aptos para ser utilizados, hecho que se puede efectuar en el revólver antes descrito." (fl. 64).

Así las cosas, se tiene que en el operativo realizado en la ciudad de Ibagué en la fecha ya indicada y que dió origen a la presente investigación, fueron incautadas dos armas de fuego con municiones para dotación de cada una de ellas. Y como quiera que el perito no determinó si se trataba de armas de defensa personal o de uso privativo de las fuerzas militares o de policía, entonces habrá de recurrirse a las preceptivas contenidas en el Decreto 2535 de 1993 que regulan lo pertinente.

No admite duda que la pistola y el revólver incautados, son armas de fuego de fabricación industrial y original, en buen estado de funcionamiento y finalmente, portadas sin permiso de autoridad competente por quienes fueron vinculados a esta investigación.

Para el caso concreto, se tiene que con relación al revólver perfectamente descrito en la diligencia de inspección judicial, por su calibre y tamaño del cañón, clase, tipo y capacidad del tambor, corresponde exactamente a la clasificación de arma de defensa personal y, las municiones, por su uso, tienen idéntica naturaleza.

En cuanto a la pistola, si bien es cierto que se trata de un arma de fuego calibre 9 mm. y su cañón no excede de 15.24 cm. (6 pulgadas), también lo es que su proveedor aparentemente supera en mucho el máximo permitido por la disposición ya referida, empero, ya la Corte en reiteradas decisiones, entre otras la del 22 de agosto de 1996, ha precisado que si la referencia corresponde a una pistola, se habrá de efectuar el cotejo de los caracteres que la identifican con los establecidos en la Ley para determinar si es de defensa personal o de uso privativo de la fuerza pública.

"... la diferencia básica entre una pistola y una pistola ametralladora (subfusil) radica esencialmente en su mecanismo original de funcionamiento, esto es que la primera es semiautomática y la segunda es automática, aun cuando las dos pueden cumplir las dos funciones a través de un dispositivo denominado selector de disparo. Las restantes características no son exclusivas de cada tipo de arma y por tanto, no permiten la diferenciación, pues si bien, generalmente la pistola es arma para usar con una sola mano, según el autor citado, también se fabrican pistolas ametralladoras con diseño para usar con una sola mano; una y otra pueden funcionar con calibre 9 mm., y la versatilidad en la capacidad de los proveedores tampoco permite distinguirlas".

"En estas condiciones, por definición, la pistola ametralladora o subfusil es una arma automática que puede convertirse en semiautomática si se le adosa el selector de disparo, y la definición de "subametralladora" (equivalente a pistola ametralladora o subfusil) solamente se puede predicar respecto de un arma diseñada originalmente con funcionamiento automático, que es el que permite disparar en ráfaga".

'La Sala debe reiterar la tesis que ha desarrollado respecto de la aplicación del Decreto 2535 de 1993. Es así como, en lo que atañe con pistolas y revólveres, ese estatuto trae la siguiente clasificación:

1. De calibre máximo 9.652 mm., (38 pulgadas), con las siguientes características:

--- Longitud máxima de cañón 15.24 cm., (6 pulgadas).

-- Pistolas por repetición o semiautomáticas.

--- Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a nueve cartuchos a excepción de las que originalmente sean calibre 22, caso en el cual se amplia a 10 cartuchos (art. 11, literal a: de defensa personal).

2. De calibre 9.652 mm., (.38 pulgadas) (art. 8°., literal a: uso privativo de las FF. AA.).

3. De calibre superior a 9.652 mm., (.38 pulgadas) (art. 8°. B: uso privativo de las FF. AA.).

4. Armas automáticas (incluye pistolas) sin importar el calibre (art. 8°. Literal d: uso privativo de las FF. AA.).

5. Armas (revólveres o pistolas) que lleven dispositivos de tipo militar con miras infrarrojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores (art. 8°. Literal i: uso privativo de las FF. AA.)."

"Esta síntesis permite ver que para determinar si un revólver o pistola es de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas, son aspectos esenciales, de una parte el calibre, sea que tenga uno inferior, igual o superior a 9.652 mm., (.38 pulgadas), y de otra, el mecanismo de funcionamiento: de repetición, semiautomáticas o automáticas".

"Precisamente, tomando el calibre del arma como punto de partida de esa definición, la Sala se vió en la necesidad de interpretar lo que ocurría con las armas de calibre inferior a 9.652 mm. (.38 pulgadas) que no reúnan todas las características que describe el literal a) del citado art. 11 del Decreto 2535/93, por cuanto, el entendimiento literal de esa norma conduciría a convertir en arma de uso privativo de la Fuerza Pública armas cuyas peculiaridades en nada concuerdan con las armas de guerra y con la finalidad que estas últimas tienen" (Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

El criterio anunciado se encuentra plasmado también en la providencia del 5 de mayo de 1994 (Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruíz), reiterado el 22 de febrero de 1996 con ponencia del doctor Jorge Córdoba Poveda, así:

"La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (8° y 11), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, *sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos* y sin importar el calibre, toda vez que en tratándose de esta clase de armas (las de uso provativo) el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm.. Y es lógico que así lo hubiere hecho, porque si son armas de guerra y por lo tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, 'aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público', como lo dice el ya copiado art. 8°., necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la Fuerza Pública".

Ahora bien, la discusión se centra en el hecho de haber sido incautadas a los procesados un número de municiones superior a las que menciona la norma, (34 para la pistola) por cuanto su proveedor permite recibir 20 unidades, superando el máximo de 9 cartuchos o de diez en las de calibre 22 a que se refiere la disposición en comento (artículo 11

del Decreto 2535 de 1993) y, 11 unidades para el revólver, cuya capacidad del tambor es tan solo para seis (6) cartuchos.

En cuanto a la munición, el artículo 47 del Decreto tantas veces mencionado, la clasifica por su calibre y por su uso. Este último, de guerra, de defensa personal, deportiva y de cacería, es decir, para el caso concreto no admite duda que tanto por el calibre como por su uso o destinación (clase de armas), son de las denominadas de defensa personal.

Así las cosas, para el punto que interesa (su número), es preciso reiterar una vez más la posición de esta Sala, pues efectivamente tal circunstancia puede dar lugar a un concurso de delitos, es decir al porte de armas con el de porte de municiones, y por ende, al cambio de competencia para conocer del asunto.

En providencia del 3 de agosto de 1995 y con la finalidad de evitar futuros conflictos de competencia, se puntualizó que "la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el número de cartuchos que el tambor o el proveedor está en capacidad de recibir según su diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de la carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el artefacto es considerado arma no porque esté dotado de proyectiles, sino porque reúna las características señaladas en el artículo 6° del Decreto 2535 de 1993" (Magistrado ponente doctor Fernando Arboleda Ripoll).

También con ponencia de quien aquí cumple igual cometido, en providencia del 24 de julio de 1996, la Sala con fundamento en la anterior decisión, destacó que "la munición que le sea hallada al portador del arma que no exceda a la que el proveedor o tambor pueda recibir según el diseño de fábrica, se integra al concepto de 'arma de fuego' por constituir su carga natural. Pero en el presente caso que se trata de un arma hechiza de fabricación casera que cuenta con proveedor para un solo cartucho o proyectil, necio resultaría afirmar que cantidad superior a la que efectivamente pueda soportar el arma según su diseño, de hecho constituye infracción del conocimiento exclusivo de los jueces Regionales. Solamente nos hallaríamos en tal evento, si de acuerdo con las características del arma, el número de proyectiles en poder del infractor, sobrepasa al de su carga natural o la que ha determinado el Ministerio de Defensa Nacional - Comando General de las Fuerzas Militares - en su Disposición No. 43 del 27 de agosto de 1989, como el máximo posible de suministro para particulares que poseen licencia o permiso para el porte de armas de defensa personal (revólveres o pistolas), en las oportunidades allí previstas".

En cuanto a los proyectiles hallados al sindicado, razón le asiste al Juez Regional de Santafé de Bogotá, pues la munición incautada, con relación al revólver (11 cartuchos), corresponde a la capacidad total del tambor y cinco (5) unidades adicionales para su recarga, con lo cual no puede tipificarse el punible de porte de municiones como lo afirma el Juzgado

Penal del Circuito de Ibagué. Igual situación acontece respecto de los cartuchos pertenecientes a la pistola (34 en total), ya que el proveedor para la misma tiene capacidad de 20 unidades, constituyendo las catorce (14) restantes, apenas un número razonable para la recarga al ser disparada el arma en su totalidad.

Ahora bien: si de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 9° de la Ley 81 de 1993 los Jueces Regionales conocen en primera instancia "De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio", es claro que la competencia para tomar las determinaciones relativas a la solicitud del procesado Carlos Albeiro Pineda Garrido, teniendo en cuenta que la conducta imputada por la Fiscalía y aceptada por él, queda exclusivamente referida al porte de armas de defensa personal, corresponde al Juez Primero Penal del Circuito de Ibagué, y por lo mismo, a él le serán remitidas las diligencias para que ejerza el control debido al acta de acuerdo.

Finalmente, no puede pasar la Corte por alto que en este asunto, con diferencia de tan solo cuatro (4) días, dos de los sindicados solicitaron se les dictara sentencia anticipada, para lo cual el instructor fijó fechas para la realización de las respectivas audiencias en las que determinó en forma precisa la imputación, siendo aceptada por ellos sin ninguna objeción.

Ha debido el Fiscal, en la segunda oportunidad, remitir el asunto relacionado con Carlos Albeiro Pineda Garrido, al mismo Juez a quien correspondieron las diligencias seguidas contra Jorge Eliécer Rojas Sierra, pues así se evitan decisiones que pueden dar lugar a sentencias condenatorias disímiles.

Igualmente, con relación al pronunciamiento del Juez Primero Penal del Circuito de Ibagué para rechazar la competencia, es claro que si según su criterio la acusación presentada por el Fiscal y la aceptación de cargos por parte de Pineda Garrido, no correspondía a los hechos investigados, es decir, violatoria de las garantías fundamentales, como juez del conocimiento debía presentar sus objeciones al acuerdo realizado, mediante el ejercicio del control previo a la actuación cumplida, para declarar la imposibilidad de dictar sentencia, tal como lo ordena el artículo 3° de la Ley 81 de 1993 que modificó el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Su actuación, no puede quedar circunscrita como ocurrió en el presente caso, a declarar su incompetencia para proponer a la jurisdicción regional el conflicto que ocupa la atención de la Corte, sobre bases totalmente infundadas, pues ello solo contribuye a la dilación injustificada del fallo que debe producirse conforme al acta suscrita entre el ente acusador y el procesado, la que según el numeral 2. del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, es aquivalente a la resolución de acusación.

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

RESUELVE:

1ª DIRIMIR el conflicto de competencia aquí planteado, en el sentido de atribuir el conocimiento de estas diligencias seguidas contra Carlos Albeiro Pineda Garrido al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) exclusivamente para que se pronuncie sobre la viabilidad del acta de acuerdo, a quien se le remitirá el proceso.

2° Comuníquese esta decisión al Juez Regional de Santafé de Bogotá y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO-Sustentación/**CASACION**

Reiteradamente se ha venido señalando por la Corte, que la omisión del impugnante en sustentar el recurso de hecho dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias respectivas, tal como lo ordena el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, no necesariamente entraña la deserción del recurso, si la sustentación se ha hecho en el escrito de interposición o en todo caso, antes de dicho traslado. Exigir al impugnante que sustentó el recurso al momento de interponerlo, o antes del envío de las copias, que lo sustente nuevamente ante el Superior, es un requerimiento no sólo innecesario sino excesivamente formalista, contraventor del principio rector de toda actuación judicial de la efectividad del derecho sustancial (arts. 228 de la C. N., 1° de la Ley 270/96 y 9 del C. de P. P.).

Dado el carácter rogado del recurso extraordinario, y el principio dispositivo que gobierna su trámite, es deber del recurrente identificar la modalidad de casación que interpone, pues recuérdese que por la regulación autónoma que las caracteriza, tanto la común como la discrecional son excluyentes, y esta última no es subsidiaria de aquélla. Por ello, la invocación a posteriori que el libelista hace de la casación excepcional no puede ser tenida en cuenta por extemporánea, toda vez que –independientemente de la irregularidad en que incurrió el Tribunal al declararlo admisible–, cuando interpuso el recurso omitió tal manifestación, y durante el término de ejecutoria de la sentencia, no presentó fundamentación alguna orientada al establecimiento de los fines previstos en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 14003

Aprobado acta No. 71

ASUNTO

Resolver el recurso de hecho interpuesto por el defensor de la doctora Carmen Zunilda Llanos Avila contra el auto mediante el cual el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, negó el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de esa Corporación que confirmó en segunda instancia la condena proferida por el Juzgado 26 Penal del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

El Juzgado 26 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó a la doctora Carmen Zunilda Llanos Avila a la pena principal de dieciocho (18) meses de arresto, al hallarla responsable del delito de cohecho por dar u ofrecer (fl. 8 c.o.).

Contra esta sentencia la procesada y su defensor interpusieron recurso de apelación. El Tribunal Superior, mediante fallo de once de junio de 1997, confirmó la condena de primer grado (fl. 17 *ibidem*).

La procesada interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, el cual fue concedido mediante providencia de 21 de julio de 1997 (fl. 57 *ib.*), en la que además se ordenó correr traslado a la recurrente por treinta días para que por conducto de su apoderado "presente la demanda con las formalidades que son de ley; vencido dicho lapso, córrase traslado por quince (15) días a los demás sujetos procesales para alegar".

Invocando la "violación directa de la ley por aplicación indebida", como causal única, el defensor formuló la demanda respectiva (fl.67 ib.). El traslado a los no recurrentes fue descorrido por el Procurador Octavo Judicial II en lo Penal, quien solicitó "decretar nulidad de lo actuado en esa segunda instancia desde el auto de 21 de julio de este año, por el que se concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la procesada y su defensor", "en razón a que el delito por el que se juzgó a la dra. Carmen Zunilda Llanos Avila tiene señalada pena de arresto de tres meses a dos años y multa de un mil a veinte mil pesos (art. 143 del Decreto 100 de 1980) y ni el art. 218 del C. P. P. (Decreto 2700 de 1991) ni el art. 35 de la Ley 81 de 1993, que lo modificó, autorizan la casación ordinaria en sentencias por delitos cuya pena privativa de la libertad en su máximo señalado sea inferior a 5 y 6 años, respectivamente" (fl. 80 *ib.*).

Accediendo a la solicitud del Ministerio Público, el Tribunal, mediante auto de octubre 10 de 1997 invalidó lo actuado "a partir del auto de julio 21 de 1997, inclusive", y declaró inadmisible el recurso extraordinario de casación (fl. 84 *ib.*). Con posterioridad, y atendiendo la solicitud elevada por la procesada y su defensor, el *a quo*, mediante auto de 28 de noviembre de 1997 ordenó notificar la providencia de octubre 10 de 1997 que denegó el recurso extraordinario, "a fin de permitir que, si a bien lo tienen, los memorialistas ejerzan los medios de impugnación a su alcance dentro del marco trazado por el último inciso del art. 207" (fl. 93 *ib.*).

Inconformes con la negación del recurso extraordinario, la procesada y su defensor interpusieron el recurso de hecho, para cuyo trámite se expidieron las copias que, de conformidad con el inciso final del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, por hallarse incompletas, a iniciativa de la Corte fueron acompañadas con "la totalidad de la actuación surtida con posterioridad al proferimiento del fallo de segunda instancia" (fl. 33 *ib.*).

Los recurrentes omitieron presentar sustentación alguna ante esta Corporación, aunque las razones para sostener la procedencia del recurso denegado aparecen en el escrito de interposición.

Sostienen la procedencia del recurso extraordinario, argumentando que el Tribunal "abrió la compuerta mediante la aceptación del recurso extraordinario de casación que fuera presentado en término por mi poderdante y sustentado también oportunamente por el suscrito en calidad de apoderado casacionista". "Por el anterior hecho —agregaron— de la admisión del recurso de casación en oportunidad de conformidad con su presentación, el mismo Tribunal cercenó toda posibilidad no preclusiva de presentar el excepcional". Criticaron la actuación de esa Corporación al negar la procedencia del recurso extraordinario "fundándose prioritariamente en el aspecto objetivo que comporta la dosificación de pena", pues con ello "ha pasado de largo la insita necesidad de protección de los derechos fundamentales" de la procesada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Reiteradamente se ha venido señalando por la Corte, que la omisión del impugnante en sustentar el recurso de hecho dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias respectivas, tal como lo ordena el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, no necesariamente entraña la deserción del recurso, si la sustentación se ha hecho en el escrito de interposición o en todo caso, antes de dicho traslado. Exigir al impugnante que sustentó el recurso al momento de interponerlo, o antes del envío de las copias, que lo sustente nuevamente ante el Superior, es un requerimiento no sólo innecesario sino excesivamente formalista, contraventor del principio rector de toda actuación judicial de la efectividad del derecho sustancial (arts. 228 de la C. N., 1º de la Ley 270/96 y 9 del C. de P. P.).

Acertada resulta la denegación del recurso extraordinario de casación, por cuanto la pena máxima privativa de la libertad establecida para el delito por el que se profirió la condena –cohecho por dar u ofrecer, artículo 143 del Código Penal–, es de dos años de arresto, hipótesis que descarta la procedencia de este extraordinario mecanismo de impugnación, según lo establece el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 35 de la Ley 81 de 1993).

La conclusión anterior en nada se altera por el hecho de que el Tribunal, erróneamente, haya concedido el recurso y el defensor presentado la respectiva demanda, pues finalmente tal irregularidad fue corregida al invalidarse lo actuado y ordenar la notificación del auto que declaró la improcedencia del recurso extraordinario, permitiéndole a la parte afectada recurrir por vía de hecho.

Dado el carácter rogado del recurso extraordinario, y el principio dispositivo que gobierna su trámite, es deber del recurrente identificar la modalidad de casación que interpone, pues recuérdese que por la regulación autónoma que las caracteriza, tanto la común como la discrecional son excluyentes, y esta última no es subsidiaria de aquélla. Por ello, la invocación *a posteriori* que el libelista hace de la casación excepcional no puede ser tenida en cuenta por extemporánea, toda vez que —independientemente de la irregularidad en que incurrió el Tribunal al declararlo admisible—, cuando interpuso el recurso omitió tal manifestación, y durante el término de ejecutoria de la sentencia, no presentó fundamentación alguna orientada al establecimiento de los fines previstos en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993).

En este orden de ideas, se declarará bien denegado el recurso de casación interpuesto por la procesada Carmen Zunilda Llanos Avila y su defensor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

De conformidad con el inciso 1° del artículo 210 del C. de P. P., "se ordenará enviar la actuación al inferior para que forme parte del expediente".

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

RESUELVE:

1. DECLARAR correctamente denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por la procesada Carmen Zunilda Llanos Avila y su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

2. De conformidad con el inciso 1° del artículo 210 del C. de P. P., se ordena "enviar la actuación al inferior para que forme parte del expediente".

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS/ LIBERTAD PROVISIONAL

La acumulación jurídica prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal (artículo 60 de la Ley 81 de 1993), presupone la existencia de dos o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. Por lo mismo, corresponde al Juez de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad, decidir sobre la viabilidad del Instituto reclamado y no a esta Sala, que sólo tiene competencia para decidir en el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad provisional del procesado en los términos del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (artículo 55 de la Ley 81 de 1993), para ordenar la excarcelación por cumplimiento de la sanción impuesta en cada caso concreto.

También, para el reconocimiento de las rebajas de pena a que tenga derecho el recluso con el fin de acreditar el requisito objetivo de una tercera parte de la sanción, exclusivamente para los fines del permiso administrativo de las 72 horas que consagra el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente, Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Proceso No. 10507

Aprobado Acta No. 71

El procesado Marco Anastasio Reina Guaquetá quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito del Espinal (Tolima), solicita la acumulación jurídica de penas, es decir, las impuestas en este asunto por el Juzgado 50 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá por el delito de homicidio en grado de tentativa y por el Juzgado 51 Penal del Circuito de la misma ciudad por el delito de uso de documento público falso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La acumulación jurídica prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal (artículo 60 de la Ley 81 de 1993), presupone la existencia de dos o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. Por lo mismo, corresponde al Juez de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad, decidir sobre la viabilidad del instituto reclamado y no a esta Sala, que sólo tiene competencia para decidir en el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad provisional del procesado en los términos del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (art. 55 de la Ley 81 de 1993), para ordenar la excarcelación por cumplimiento de la sanción impuesta en cada caso concreto.

También, para el reconocimiento de las rebajas de pena a que tenga derecho el recluso con el fin de acreditar el requisito objetivo de una tercera parte de la sanción, exclusivamente para los fines del permiso administrativo de la 72 horas que consagra el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Siendo así que la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá no ha alcanzado firmeza por hallarse recurrida extraordinariamente, tampoco el funcionario judicial ya aludido podría atender la solicitud de Reina Guaquetá, razón por la cual no hay lugar a tomar determinación alguna al respecto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, SE ABSTIENE de conocer de la acumulación jurídica de penas que se impetra por el procesado Marco Anastasio Reina Guaquetá, por las razones consignadas en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FLAGRANCIA/ CAPTURA/ CONFESION

Es claro que aun admitiendo que la confesión calificada puede admitir el reconocimiento de la rebaja pretendida, siempre y cuando que constituya el medio base que le dé apoyo a la condena, tal como así lo ha reconocido también esta colegiatura, es innegable que en el caso presente esa versión de (...) no constituye el asidero del fallo proferido, pues consultando esta providencia se devela que la prueba de cargo deriva de elementos ajenos a la simple versión del procesado, como se explica en dicha pieza procesal, donde el juzgado afirma:

"No sobra recalcar en este punto que la flagrancia es predicable en este caso en relación con todos los delitos estructurados, ya que múltiples testigos son asertivos al asegurar que los aquí vinculados fueron los que atentaron contra su patrimonio, bien porque así lo expresaron en reconocimiento en fila o por la percepción que tuvieron de ellos en documentos fotográficos o de prensa que obran en el expediente...", argumentos a los cuales se añade, para el caso del homicidio, la validez de la prueba indiciaria como elemento que desdibuja las excusas del simple accidente, opuestas ya, en todo caso, a lo que constituye en realidad una confesión.

Tal interpretación del término flagrancia, no se distancia, por lo demás, de aquel que con criterio de mayoría ha sentado esta Sala de la Corte, y que por suficientemente conocido, no es necesario insistir, cuando al mismo se ha atenido el Ministerio Público en su concepto invocado, por lo que bastará citar las decisiones en que la Sala ya reiterativamente lo ha expuesto: 1o. de diciembre de 1987, Magistrado Ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome, 16 de noviembre de 1988, Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel; y septiembre 9 de 1993 Magistrados doctores Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda, entre otras, y más recientemente en casación de agosto 19 de 1997 con ponencia del Magistrado Jorge Córdoba Poveda, siendo bastante con recordar de la primera de estas decisiones la notoria diferencia entre el sorprendimiento flagrante y la captura en flagrancia, al precisar que "Flagrancia y captura en flagrancia son, entonces, dos cosas completamente diferentes y aun cuando la aprehensión está constitucionalmente autorizada sin el cumplimiento de las formalida-

des legales en los casos de flagrancia, ésta puede tener otros efectos procesales diferentes a la captura. Tales los contemplados en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que excluye del beneficio de rebaja de pena a quien, pese a su confesión, hubiese sido sorprendido en el momento de cometer el hecho punible... Que no se entienda, porque la Constitución no permite tal exégesis, que la flagrancia lleva aparejada indiscutiblemente la captura; ésta puede ser una consecuencia de aquélla, no su efecto imprescindible...".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Proceso No. 10282

Aprobado Acta No. 72

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado Omar Bernal Matiz, en contra del fallo de segunda instancia por medio del cual el Tribunal Nacional modificó la sentencia de primer grado emitida por uno de los Juzgados Regionales de Santafé de Bogotá, condenando a Omar Bernal Matíz y a Luis Humberto Bernal Infante a las penas principales de 21 y 22 años de prisión, respectivamente, y multa por cinco salarios mínimos legales, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, al pago de perjuicios morales y materiales, y les denegó el subrogado de la condena de ejecución condicional, una vez que los declaró penalmente responsables de los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir, hurtos calificados y agravados, porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y utilización ilegal de uniformes de uso privativo de las fuerzas armadas, que les habían imputados en la resolución de acusación. El Tribunal incrementó las penas de prisión a 24 años para Omar Bernal Matíz, y 25 para Luis Humberto Bernal Infante y confirmó en todo lo demás.

ANTECEDENTES

1. La Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, efectuó la captura de los individuos Omar Bernal Matíz y Humberto Bernal Infante el 23 de julio de 1990 en momentos en que se desplazaban por la calle 80 con carrera 75 de esta capital, en el automóvil Dodge Demon de placas AD-7169, encontrándose en el interior del automotor un fusil Galil, dos proveedores y cuarenta cartuchos calibre 7.62, armamento perteneciente a las fuerzas armadas de Colombia, y una pistola Browing calibre 7.62 con proveedor y siete cartuchos. El automotor le había sido sustraído al ciudadano Ismael Benavides González.

Adelantó la investigación el Juzgado 3° de Orden Público de esta ciudad, y desde los albores estableció que el armamento incautado había sido

sustraído por Humberto Bernal Infante al desertar del Ejército Nacional, y que los dos retenidos habían ejecutado dentro del mes anterior otros asaltos además del cometido en contra de Benavides González (1) así: el hurto de una escopeta, electrodomésticos y una camioneta LUV en el sitio "La Cumbre" del Municipio de La Vega (2); el hurto en jurisdicción de San Francisco de una pistola, un reloj y dinero al transportador Gilberto Bautista Monroy (3), a quien obligaron a trasladarlos a otra residencia donde se apoderaron de un televisor y del automóvil Dodge Demon ya referenciado; el hurto de un automotor Mazda 626 de placas AP-2457 perpetrado en San Francisco (Cundinamarca) a Pablo Enrique Orjuela (5); el hurto a dos estaciones de gasolina en las localidades de Cota y Chía (6), y el asalto a una Miscelánea del barrio Cartagenita de Facatativá en donde causaron la muerte a Samuel Enrique Cruz Díaz cuando trataba de oponerse, hechos cometidos todos mediante el empleo de violencia contra las personas y uso de las armas.

Las injuradas de Omar Bernal Matíz Y Humberto Bernal Infante fueron recepcionadas respectivamente los días 26 y 27 de julio de 1990, aceptando cada uno su participación material en los hechos que se les atribuyen, aun cuando el primero afirmó haber actuado bajo presión del segundo, circunstancia que éste niega.

El 6 de agosto de 1990 se resolvió sobre la situación jurídica de Omar Bernal Matíz decretando su detención preventiva por infracción a los artículos 13 y 19 del Decreto 180 de 1988, mientras que desde el 25 de julio 25 de 1990, la Sijin. Blanco Antisubversion, había puesto al Soldado Humberto Bernal Infante a disposición del Comandante de la 13a. Brigada.

Bernal Matíz designó defensor el 5 de septiembre de 1990 y solicitó inmediata ampliación de indagatoria para aclarar que a él no se le puede sindicar de porte ilegal de armas, ya que no fue retenido con ninguna en su poder, "...pues todo lo que hicimos lo hice porque me tenía amenazado y también pues francamente pido mi libertad ya que él (Humberto Bernal Infante) dijo que era el responsable de todo y dijo que yo no tenía nada que ver en eso".

En cuanto a Bernal Infante, su situación sólo vino a ser resuelta el 11 de febrero de 1991 por el Juzgado 76 de Orden Público, sometiéndolo a detención preventiva por homicidio, infracción al Decreto 180 de 1988 artículos 13 y 19 y hurto calificado, en concurso.

En consecuencia el Juzgado 76 de Instrucción de Orden Público, mediante auto de octubre 24 de 1991, modificó también la calificación provisional de los hechos para extender a Omar Bernal Matíz, en calidad de coautor de los mismos delitos atribuidos a Humberto Bernal Infante, la medida detentiva.

La calificación sumarial se profirió por uno de los Juzgados de Instrucción de Orden Público de Santafé de Bogotá el 13 de marzo de 1992, emi-

fiendo resolución acusatoria contra los dos sindicados por los delitos de concierto para delinquir (art. 186 C. P.), porte ilegal de armas o municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de la policía nacional (art. 2° decreto 3664 de 1986), porte ilegal de armas de defensa personal (art. 1° del decreto 3664 de 1986), utilización ilegal de uniformes o insignias (art. 19 decreto 190 de 1988), y hurto calificado y agravado (arts. 350 y 351 Código Penal), cometidos en coautoría. El Tribunal Nacional mediante proveído de junio 30 de 1992, confirmó la determinación calificatoria aclarando que se procede por los delitos de hurto cometidos en concurso homogéneo y homicidio agravado (arts. 323 y 324-2 del Código Penal), e igualmente hizo énfasis en que las armas por cuya tenencia respondían los acusados, provenían de delitos.

Uno de los Juzgados Regionales de Santafé de Bogotá adelantó la causa, pero una vez hecha la citación para sentencia, el procesado Omar Bernal Matiz dijo acogerse a la sentencia anticipada del artículo 37-A del Decreto 2700 de 1991, la cual fue denegada por extemporánea. De tal modo concluyó la primera instancia con la sentencia condenatoria de diciembre 16 de 1993 ya reseñada, la cual fue confirmada por vía de consulta por el Tribunal Nacional, con las modificaciones ya indicadas en relación con la cantidad de pena impuesta como principal.

La Demanda

Al amparo de la causal primera, numeral 1°, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, formula el censor cinco cargos contra la sentencia, añadiendo al finalizar una petición subsidiaria.

En el primer cargo se argumenta una "Violación a los artículos 61 y 64 del Código Penal", la que se desarrolla afirmando que la primera norma imponía a los funcionarios los criterios para determinar la pena, siendo inobservada en cuanto el juzgador tan solo tuvo en cuenta los que de alguna manera agravaban la situación de los procesados, "no así los que pudieren ayudarlos tales como el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y la personalidad de los agentes"; el último (art. 64) porque pese a establecer las circunstancias de atenuación punitiva de obligatoria aplica-ción por parte del juzgador, dos de ellas, la primera y la novena (buena conducta anterior y las indigencia o falta de ilustración en cuanto hayan incidido en la comisión del hecho), no merecieron análisis en la sentencia.

El segundo cargo se enuncia así: "Violación al artículo 1° inciso primero del C. de P. P. y al artículo 29, inciso cuarto de la Constitución Nacional Derecho a la defensa". En su desarrollo señala que los procesados Bernal Matiz y Bernal Infante carecieron de una adecuada defensa, sin que se hubiera ejercido el derecho de contradicción: los memoriales de los defensores fueron deficientes, no solicitaron pruebas y tampoco el juzgador se preocupó de decretar aquellas que contribuyeran a subsanar la deficien-

cia, lo cual le permite solicitar que se declare la nulidad de lo actuado, tras de lo cual remata: "Es posible que de otra manera, se hubiese logrado al menos la aplicación de los atenuantes y las circunstancias al momento de proferir el fallo de fondo".

En el tercer cargo se propone una violación al artículo 5° del Código Penal, lo que se centra en la condenación sufrida por Omar Bernal Matiz, como coautor del delito de homicidio, cuando está demostrado que los dos procesados llegaron exclusivamente con la finalidad de atentar contra los bienes patrimoniales en la miscelánea, siendo repelidos por Samuel Cruz Díaz, por lo que Humberto Bernal Infante accionó su arma y le ocasionó la muerte. No es Omar Bernal Matiz, coautor de ese delito contra la vida, y en el peor de los casos podría considerársele como cómplice. Se aplicó, entonces, al declarársele como coautor, una forma de responsabilidad objetiva, proscrita en la ley penal.

Bajo el cuarto cargo se reclama la violación de las normas sustanciales contenidas en los artículos 299 y 370 del Código de Procedimiento Penal, pues el juzgador no tuvo en cuenta la confesión de los procesados para reducir la pena. Es sabido que esa reducción por confesión no tiene cabida en los casos de flagrancia, pero es también claro que la flagrancia en estos hechos sólo puede predicarse respecto de lo acaecido el 23 de julio de 1970, no de los anteriores, como erradamente lo dedujo la sentencia.

El cargo quinto se refiere a la violación del principio de la *reformatio in pejus* en cuanto el *ad quem* incrementó la pena impuesta en la primera instancia desconociendo este principio respaldado en el artículo 31 de la Constitución y en los artículos 17 y 217 del Código de Procedimiento Penal.

En estos términos concluye la demanda con una "PETICION PRINCIPAL" en la que se considera que la Corte "debe CASAR la sentencia demandada, y dictar el fallo que en derecho corresponda", y otra "PETICION SUBSIDIARIA" en la que el casacionista solicita que con base en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, se tenga "en cuenta el Salvamento de Voto efectuado por el H. Magistrado del Tribunal Nacional y si es del caso declarar de oficio la causal tercera de casación del artículo 220 del C. de P. P.", petición subsidiaria que no presenta sustentación ni desarrollo alguno.

Concepto del Procurador

Descorrió traslado el Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien conceptúa que no debe accederse a casar el fallo impugnado según los argumentos que subsiguen:

Primer cargo: El censor señala la vulneración del artículo 61 del Código Penal, pero en ningún momento presenta un desarrollo de su

cuestionamiento, dejándolo huérfano de sustentación. Se duele la demanda de la no consideración de aspectos referentes al grado de culpabilidad y a la personalidad del agente, pero omite expresar por qué esos aspectos le eran favorables al procesado, "y por ende, de qué manera se le perjudicó en el resultado final de la tasación de la pena privativa de su libertad".

En cuanto a la violación al artículo 64 del Código Penal observa que los juzgadores fueron benevolentes al partir del mínimo para el delito más grave a efecto de realizar la tasación, lo cual releva cualquier comentario respecto a si concurren o no las circunstancias de buena conducta e indigencia. Expresamente resalta cómo los jueces de primera y de segunda instancia precisaron que para efectos de la aplicación de la pena se partía del mínimo de dieciséis años correspondientes al delito de homicidio agravado para de allí hacer los incrementos en razón del concurso, siguiendo los parámetros del artículo 26 del Código Penal.

Es decir, que no obstante no haberse hecho una expresa referencia a las circunstancias atenuantes mencionadas, la mecánica adoptada fue partir del mínimo, lo cual implica su tácita aceptación. "De no haber sido así —concluye—, necesariamente, ante la gravedad y multiplicidad de los punibles ejecutados, los falladores hubieran cuantificado la pena privativa de la libertad, partiendo por encima del mínimo contemplado en el art. 324 del C. P."

Segundo cargo: La censura aquí es absolutamente desacertada en cuanto en su formulación y desarrollo entremezcla indebidmente las causales de casación, atentando contra el principio de la autonomía, "falencia técnica que la inhabilita para su cabal estudio y resolución por la H. Corte". Pero también es defectuosa en su fundamento jurídico, ya que el plenario acredita una adecuada asistencia profesional respecto de Omar Bernal Muñiz, tanto del profesional por él designado, como luego de su renuncia, por la defensora oficiosa, resaltando cómo el primero intervino para procurar la variación de la calificación dada a los hechos y presen-tando oportunos escritos de sustentación en procura de un mejor beneficio de su cliente. Por otra parte, "...omite el libelista la indicación precisa de los elementos de convicción necesarios y, por tanto, fundamentales, que a su juicio dejaron de practicarse en desmedro de las pretensiones exculpatorias o, al menos, morigeradoras de la responsabilidad de su representado. Señalamiento que, a su vez, también debe consignar su efecto o incidencia en el resultado final".

Tercer cargo: La pretendida ausencia de culpabilidad de Omar Bernal Muñiz, en la imputación por homicidio que el censor rechaza en grado de coautoría, y admite, acaso, en grado de complicidad, tampoco es de recibo, pues no logra demostrar, en modo alguno, la violación de la ley sustancial que plantea. Sobre el particular el *a quo*, presentó sólidos razonamientos

para determinar el grado de participación de Omar Bernal en la muerte de Samuel Cruz Díaz, que el *ad quem* respaldó y que no son controvertidos en la demanda de casación. Se trata de un típico caso de coautoría impropia en donde si bien Omar Bernal Matiz, no fue quien de modo directo e inmediato accionó el arma, "sabía de antemano ese tipo de posibilidades, naturalmente previsibles, asumiendo, al participar activamente en la operación delictiva, todos los riesgos y resultados que su torcido comportamiento generara".

Cuarto cargo: Responde el Ministerio Público que en este aspecto la Corte Suprema de Justicia ha venido precisando la diferencia entre flagrancia y captura en flagrancia, la primera cuando "se produce el sorprendimiento de la persona en el momento de ejecutar el hecho punible. Sorprendimiento que hace relación a la identificación, o al menos la individualización del sujeto agente, hecha por la propia víctima o por cualquier testigo. Este fenómeno se verifica en forma independiente a que se produzca o no de manera inmediata la aprehensión del delincuente".

En este asunto se produjo la retención cuando los sujetos estaban en posesión de un automotor, un fusil y una pistola que acababan de hurtar, y respecto de los demás ilícitos reprochados hubo señalamiento directo de ser los autores por parte de víctimas y testigos de cada uno de los ilícitos, reconocimientos fotográficos y en fila de personas, "probanzas que evidenciaron el carácter de flagrante de los delitos investigados".

De otra parte, la confesión de Bernal Matiz no fue el fundamento de la condena y por tanto no tiene potencialidad para que se considere disminuente de la pena.

Quinto cargo: No hubo violación al principio de la *reformatio in pejus* pues se aumentó la pena en condiciones que no se daban en este proceso (apelación por el fiscal, el ministerio público o la parte civil), ya que esta garantía sólo opera cuando no se ha establecido el grado jurisdiccional de la consulta, como aquí sucedió.

De la petición subsidiaria dijo el Fiscal que ella " desconoce abiertamente la técnica que orienta esta especial impugnación y, además emerge desprovista del más mínimo desarrollo conceptual, lo cual releva a la H. Corte de todo pronunciamiento al respecto".

Consideraciones de la Corte

Antes de ingresar a los temas de fondo que ofrece la demanda, debe la Sala resaltar las consecuencias que el transcurso del tiempo ha generado sobre la vigencia de las acciones penales derivadas de los distintos hechos punibles imputados, en cuanto ello incide sobre la decisión definitiva y el monto de la pena imponible.

En este aspecto merece recordar que los acusados responden por los delitos de homicidio agravado, hurtos calificados y agravados cometidos en concurso homogéneo, tenencia de armas de fuego de uso privativo y de defensa personal que provenían de otras infracciones, concierto para delinquir y utilización ilegal de uniformes.

Conocida la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de acusación, luego de su revisión en instancia (junio 30 de 1992), y cotejando con ella las consecuencias que fijan los artículos 79, 80 y 84 del Código Penal, no resulta difícil advertir que transcurridos de allí a hoy más de cinco años sin que haya quedado en firme el fallo, ese lapso incide para la extinción de las acciones penales respecto de los delitos cuya pena máxima no sea privativa de la libertad, o siéndola, no exceda de cinco años, o en los que la mitad del tiempo mayor de prisión previsto, resulta inferior a cinco años.

Tal sucede respecto de los delitos de concierto para delinquir, utilización de prendas militares y porte de armas de fuego en las dos modalidades imputadas, pues en su orden y remitidos a las disposiciones vigentes a la época de su ocurrencia, las penas no sobrepasan en el primer caso de 6 años de prisión, en cuanto la resolución de acusación no precisó agravantes; en el segundo de 4 y 10 años de prisión, aún considerando la agravante de procedencia de las armas, y en el caso de la utilización de uniformes la máxima sanción es de 6 años, de modo que al superarse a esta fecha más de cinco años de haber quedado en firme la acusación, las respectivas acciones penales se han extinguido por prescripción, al punto que sólo resta el reconocimiento de ese fenómeno, y como consecuencia disponer que la actuación en ese aspecto cese.

No sucede lo mismo con el delito agravado de homicidio (artículo 324 del Código Penal), como tampoco respecto de los delitos de hurto, pues de manera expresa se consignó que se trataba de conductas descritas en el artículo 350 del Código Penal, agravadas por varias de las causales del artículo 351 *ibidem*, lo que conduce a una pena máxima cuya mitad supera aún el tiempo transcurrido desde la acusación.

Superada esta aclaración, es pertinente añadir una más en cuanto se observa que el actor censura la sentencia al amparo de la causal primera, numeral 1°, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, lo que no obsta para que en desarrollo de los cinco cargos que formula, e ingresando en ocasiones en controversias probatorias, frecuentemente varíe el curso con quebranto de los principios de claridad y logicidad, para aludir a motivos de la causal tercera, lo que anticipa en buen grado su fracaso.

CARGO PRIMERO: Sobre la hipótesis de que el juzgador al momento de ponderar la pena sólo tuvo en cuenta los criterios que agravan la situación del procesado, no aquellos que le benefician, cuando el artículo 64 del Código Penal señala las circunstancias de atenuación punitiva que son de

obligatorio cumplimiento, la censura parecería transitar entre la violación directa y la indirecta, lo que además de distanciar la exigencia de claridad del artículo 225 del Código de Procedi-miento Penal, conlleva una contradicción que no le es posible disipar en esta sede a la Corte, pues a la vez que parece suscitar la discusión sobre el contenido y la aplicación del precepto, invita a reconsiderar si en realidad se daban las condiciones de hechos que habilitaban a solucionar el caso con dicha normativa, planteamiento este último que además se deja incompleto.

En el análisis sobre la incorrecta aplicación del artículo 61 del Código Penal, la demanda no desarrolla en manera alguna el cuestionamiento propuesto. Tal defecto se comprueba al observar el pobre argumento de que "No se requiere un análisis profundo para concluir que en su sentencia el señor Juez de Orden Público solamente tuvo en cuenta los criterios que de una u otra manera podían agravar la situación de los procesados, no así los que pudieran ayudarlos como el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y la personalidad del agente", pues con él se elude la obligación de presentar un discurso coherente que permita a la Corte detectar el presunto error del juzgador, y saber de qué manera los aspectos que señala influyeron en la determinación final de la pena, pues no se sabe si en realidad la sentencia puede albergar error al desestimar alguna prueba que favorecía la morigeración, o simplemente dejó de aplicar el precepto, pese a reconocer los supuestos de hecho de su operancia.

Pero cuando además continúa señalando que los juzgadores omitieron la consideración de la buena conducta anterior del acusado (que por cierto pretende dar por demostrada con el aporte de algunas tarjetas del Seguro Social), y la indigencia o falta de ilustración de Omar Bernal Matíz, y por ello aplicaron indebidamente el artículo 64 del Código Penal, el censor desconoce que por debajo del mínimo legal no era posible entrar a tasar la pena con remisión al precepto invocado, y que en el caso propuesto el juzgador partió, precisamente, del límite inferior legalmente previsto para el delito más grave, lo que hace inoperante la reducción adicional propuesta, y de contera lleva a la desestimación de este cargo primero.

El reproche carece no sólo de sustento, sino de verdad. En la sentencia de primer grado, al ponderar la pena, el sentenciador partió de los mínimos señalados en la respectiva disposición y tras analizar los criterios de gravedad, la personalidad, el concurso delictual y el número de hechos punibles, consideró "que debe partirse de la pena de dieciséis (16) años de prisión que se contemplan en los hoy modificados artículos 323 y 324-2 del Código Penal, que se refieren al delito de homicidio agravado".

Así, entonces, si el juez partió del mínimo fijado por la ley para el delito de mayor entidad dentro del concurso delictual objeto de juzgamiento, mal puede censurársele que no tuviera en cuenta los factores de atenuación punitiva y menos que hubiera desconocido los mandatos del articu-

lo 64 del Código Penal, benevolentemente aplicados en favor de Omar Bernal Matíz.

El cargo no prospera.

En el CARGO SEGUNDO reclama el censor una falta de adecuada defensa de los condenados, pero al hacerlo omite variar su orientación de la causal primera de casación a la tercera, tampoco indica concretamente en qué error de actividad se dio aquel vicio, enunciando tan solo la consecuencia al sostener que "Este defecto procesal planteado, violatorio de normas (sic) sustanciales, permite inclusive reclamar a esa Honorable Corporación la declaratoria de nulidad del proceso". No obstante, tampoco explica por qué se da ese evento aparentemente dentro del artículo 304 del Código Penal, y menos entra a demostrar que "la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (art. 308-2 *ibidem*)".

Por lo anterior, coincide la Sala con el pensamiento del señor Procurador Delegado al advertir que "Absolutamente desacertado resulta el cargo planteado, como quiera que en su formulación y desarrollo entremezcla de manera indebida causales de casación, atentando así contra el principio de la autonomía; falencia técnica que lo inhabilita para su cabal estudio y resolución". Esta juiciosa y exacta apreciación del Procurador resulta suficiente para mostrar que también este cargo está llamado al fracaso, viéndose además la Sala ante la imposibilidad de una declaratoria oficiosa de nulidad por contradecir en este aspecto la realidad del proceso, ya que tanto el primer profesional designado por Bernal Matíz, como la defensora de oficio que le sucedió, presentaron solicitudes oportunas y buscaron un cambio en la denominación jurídica, e insistieron en obtener la excarcelación.

Y en referencia a una omisión en la solicitud de pruebas, oportuno resulta memorar que para la Corte:

"...no basta con alegar en casación la no práctica de pruebas para que la nulidad pueda hallar cabida, sino que es preciso indicar cuáles fueron los medios esenciales cuya práctica llegó a omitirse y acreditar de qué manera su aporte hubiera variado el sentido de la decisión optada, aspectos sobre los cuales el censor guarda silencio, sin que a la Corte le corresponda subsanar tal deficiencia, ni encuentre de su propia iniciativa que la razón esté del lado del casacionista (Cas., febrero 6/96, Mag. Ponente: doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

El censor se limita a reprochar a sus antecesores en la defensa, afirmando que no ejercieron protagonismo, constituyéndose en meros espectadores con perjuicio del interés del defendido, pero con ese aserto se deja huérfano de explicación y de sustentación, al no cumplir con las exigencias formales reseñadas, impone dar una respuesta adversa a la incompleta pretensión.

Este cargo tampoco prospera.

Cargo Tercero: Sin demostrar las razones en las cuales se funda, concluye el casacionista que en relación con el delito de homicidio, a Omar Bernal Matíz le fue aplicado el proscrito principio de la responsabilidad objetiva, supuesto bajo el cual el libelista pretende desvincularlo de la muerte de Samuel Cruz Díaz, reprochando que se le haya tenido como coautor, cuando en el peor de los casos podría admitírsele como cómplice.

Sin embargo de ese defecto de presentación, lo cierto es que la sentencia de primer grado, que con la del *ad quem*, que la confirma, integra una unidad argumentativa, el juzgador fundó la imputación no en la responsabilidad objetiva sino en la coautoría impropia que para nada impugna ni trata de rebatir el casacionista, según se desprende de los fragmentos que se citan:

"En lo atinente al homicidio de que fuera víctima el señor Samuel Cruz Díaz, en el que al igual que en los otros delitos los acusados admitieron estar involucrados, estimamos que sus versiones distan de ser valoradas como confesión de tal punible, en razón de que además de pretender radicar responsabilidad sólo en cabeza de Bernal Infante, han tratado de hacer creer que el disparo efectuado obedeció a una circunstancia fortuita que se presentó cuando el hoy occiso se abalanzó hacia el portador del fusil.

"Al valorar todo el contexto probatorio que permite vislumbrar con claridad cuáles eran los fines que gobernaban la actividad de los cosindicados, la identidad en la selección de los medios para la comisión de hechos lesivos del patrimonio y en el *modus operandi* que rodeó a cada uno de tales ilícitos, no podemos menos de concluir que la muerte de Cruz Díaz obedeció simplemente a su afán de rechazar la acción depredadora de los asaltantes que se hicieron presentes en la miscelánea, evidenciando su intención de lesionar el patrimonio ajeno, utilizando para el efecto un arma de fuego que están dispuestos a emplear contra todo aquel que se atreviera a obstaculizar sus nefastos propósitos tal y como aconteció con este desafortunado evento, reflejante de un homicidio perpetrado con toda intención.

"Queremos hacer énfasis, para responder a los planteamientos de la defensora de Bernal Matíz, en que mal puede accederse a sus planteamientos de valorar la conducta del citado a título de complicidad frente a los hechos lesivos del patrimonio, ya que su conducta no se remitió a tales eventos, a prestar una simple ayuda o contribución a quien debía reputarse como amo absoluto de las acciones de desapoderamiento. Muy por el contrario, Bernal Infante y Bernal Matíz en esos casos pueden situarse en idéntico plano de coparticipación, al tener simultáneamente una importante injerencia en la realización de los reatos, denotando en algunos casos Bernal Matíz incluso mayor ferocidad e iniciativa criminosa.

"Y el planteamiento de coautoría predicable con respecto a los dos vinculados, se hace extensivo también a Bernal Matiz incluso en lo que hace al porte constante que se observó del fusil Galil de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y al delito de homicidio agravado de que fuera víctima Samuel Cruz Díaz.

"Adviértase el énfasis que hemos hecho en que existiendo acuerdo de voluntades para la comisión de hechos delictivos, así como en la selección de los medios orientados a la consecución de tales, ello se presentó en punto de la utilización de la referida arma, la que a pesar de ser portada directamente por Bernal Infante, puede imputarse perfectamente a su primo por ya anotadas razones".

Los fragmentos aquí reproducidos hacen inequívoca la imputa-ción en contra del acusado Omar Bernal dentro de una coautoría impropia, en cuanto se le ubica cumpliendo activa participación en el desarrollo global de actos punibles programados y previamente acordados, asumiendo los riesgos y resultados como propios y no como actos de colaboración al delito "de otro", de tal manera, que así no hubiese sido Omar Bernal quien accionó mecánicamente el arma homicida, ello no le margina de aquel grado de responsabilidad, cuando la sola división de labores al interior de una misma empresa, se constituye en la única causa para que no haya sido el personal realizador del resultado previsto y aceptado como propio.

En estas condiciones, y siendo clara y enfática la consideración judicial para fundar la coautoría de los dos acusados respecto de todos los ilícitos, incluido el homicidio, mal puede ser removida esa conclusión con la llana, subjetiva e indemostrada apreciación del censor, según la cual, por no ser su patrocinado el portador del arma, no podía responder por la muerte del señor Cruz Díaz, porque amparado el razonamiento judicial en la doble presunción de legalidad y acierto, jamás podría variarse sin que el censor se adentre en una precisa y taxativa causal de casación a demostrar que medió error en el juzgador, y que la intervención del acusado fue inocente o cuando menos en grado de complicidad, pues el debate en casación se halla reglado y a cargo de la iniciativa y prueba del casacionista, sin que le baste una genérica e informal expresión de inconformidad, como tampoco la proposición abstracta de antítesis que terminarían por dejar al esfuerzo e iniciativa de la Corte la localización del error y la estimación sobre su trascendencia, lo que se opone al principio de limitación que rige la impugnación extraordinaria.

La censura no prospera.

CARGO CUARTO: Dice el censor que se violaron los artículos 299 y 370 del Código de Procedimiento Penal ya que al considerar que la captura fue en flagrancia, se les negó a los acusados la reducción de pena por confesión, ya que ésta facilitó a los juzgadores la decisión de fondo.

Si bien se adelanta en este aspecto la Sala a reconocer que en principio el supuesto del cual parte el casacionis-ta es correcto, en cuanto el sorprendimiento flagrante en la comisión de un delito, no autoriza a excluir, en caso de concurso, el descuento del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal respecto de las otras infracciones, en cuanto que así lo ha admitido esta Sala de la Corte, entre otras, en decisión de febrero 10 de 1998 (Magistrado Ponente, el conductor de este proceso), lo cierto es que en el caso presente asoman circunstancias diversas que conspiran en contra de la diminuente, como a continuación se examina.

En primer lugar se tiene que la versión de indagatoria rendida por Omar Bernal Matíz, no responde exactamente al concepto de confesión, pues si bien es cierto que en ella admite su participación material en los hechos perseguidos, siempre se excusa en la causal de inculpabilidad de la coacción ajena, en este caso la de su primo y coacusado Luis Humberto Bernal Infante, y ello, además de constituirse en fuente no de abreviación del esfuerzo investigativo, sino de mayor actividad para esclarecer la excusa, dista de integrar un "reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales".

Sumado a lo anterior es claro que aún admitiendo que la confesión calificada puede admitir el reconocimiento de la rebaja pretendida, siempre y cuando que constituya el medio base que le de apoyo a la condena, tal como así lo ha reconocido también esta colegiatura, es innegable que en el caso presente esa versión de Omar Bernal Matíz no constituye el asidero del fallo proferido, pues consultando esta providencia se devela que la prueba de cargo deriva de elementos ajenos a la simple versión del procesado, como se explica en dicha pieza procesal, donde el juzgado afirma:

" No sobra recalcar en este punto que la flagrancia es predicable en este caso en relación con todos los delitos estructurados, ya que múltiples testigos son asertivos al asegurar que los aquí vinculados fueron los que atentaron contra su patrimonio, bien porque así lo expresaron en reconocimiento en fila o por la percepción que tuvieron de ellos en documentos fotográficos o de prensa que obran en el expediente...", argumentos a los cuales se añade, para el caso del homicidio, la validez de la prueba indiciaria como elemento que desdibuja las excusas del simple accidente, opuestas ya, en todo caso, a lo que constituye en realidad una confesión.

Tal interpretación del término flagrancia, no se distancia, por lo demás, de aquel que con criterio de mayoría ha sentado esta Sala de la Corte, y que por suficientemente conocido, no es necesario insistir, cuando al mismo se ha atenido el Ministerio Público en su concepto invocado, por lo que bastará citar las decisiones en que la Sala ya reiterativamente lo ha expuesto: 1o. de diciembre de 1987, Magistrado Ponente Doctor Rodolfo Mantilla Jácome, 16 de noviembre de 1988, Magistrado doctor Jal-

me Giraldo Angel; y septiembre 9 de 1993 Magistrados doctores Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda, entre otras, y más recientemente en casación de agosto 19 de 1997 con ponencia del Magistrado Jorge Córdoba Poveda, siendo bastante con recordar de la primera de estas decisiones la notoria diferencia entre el sorprendimiento flagrante y la captura en flagran-cia,al precisar que "Flagrancia y captura en flagrancia son, entonces, dos cosas completamente diferentes y aún cuando la aprehensión está constitu-cionalmente autorizada sin el cumplimiento de las formalidades legales en los casos de flagrancia, ésta puede tener otros efectos procesales diferentes a la captura. Tales los contemplados en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que excluye del beneficio de rebaja de pena a quien, pese a su confesión, hubiese sido sorprendido en el momento de cometer el hecho punible... Que no se entienda, porque la Constitución no permite tal exégesis, que la flagrancia lleva aparejada indiscutiblemente la captura: ésta puede ser una consecuencia de aquélla, no su efecto imprescindible...".

En el caso propuesto, se dio el sorprendimiento flagrante y la captura de los procesados en tenencia no autorizada de armas y uniformes, y aún se operó la cuasiflagrancia respecto del delito de hurto con el hallazgo en su poder de los últimos elementos materia de apoderamiento, Pero en relación con los otros hurtos y con el homicidio mediaron reconocimientos de parte de testigos y víctimas que indican adicionalmente que medió también un sorprendimiento flagrante, lo que sumado a las razones que preceden, hacen que el cargo formulado no prospere.

Cargo quinto: Dice el censor que el Tribunal Nacional violó el principio constitucional y legal de la no *reformatio in pejus*, al incrementar la cantidad de pena impuesta en la sentencia de primer grado. No empece, con esta afirmación olvida el accionante que el fallo de primera instancia no fue apelado, lo que descuenta ya la primera exigencia del artículo 31 constitucional, de modo que al ocurrir la modificación dentro del trámite de un grado jurisdiccional de consulta, el superior no tenía limitación para revisarlo.

La sola enunciación de esta circunstancia basta para indicar el desacierto del casacionista y su falta de asidero en la realidad del proceso y en la ley, por lo que el cargo formulado no prospera.

Por último y en cuanto refiere a la PETICION SUBSIDIARIA con la que remata la demanda, es de observar primeramente que ella no responde a la formulación de un cargo autónomo claro ni completo, y menos referido a alguna causal de casación, sino tan solo de una referencia a la apreciación que hizo uno de los Magistrados del Tribunal Nacional, al suscribir el fallo con salvamento de voto. Por ello, la ausencia absoluta de formalidad y fundamentación impide entrar a hacer consideraciones y revisiones de

esta pretensión, por no ser de la competencia de la Corte en esta sede las revisiones de plena competencia, propias de una intervención de instancia, ni asistir autorización legal para que ingrese la Colegiatura a definir si la razón le asiste a quienes suscribieron la decisión de mayoría, o en su defecto debe privar el pensamiento de la disidencia.

Podría tal vez pensarse que por plantear el Magistrado disidente en el Tribunal un criterio sobre conculcación del derecho de defensa, estaría obligada la Corte a examinar el tema por la sola cita que de él haga la defensa. Mas ello no es así, porque el recurrente tiene la obligación de presentar los cargos que considere pertinentes, de la manera que le indica la ley y no de otra diferente, sin que en el caso propuesto se vislumbre con la diafanidad y contundencia el desamparo profesional de los procesados.

Pero es más: a la ausencia respecto del procesado Bernal Matíz se refirió el censor en el cargo segundo, al cual se le entregó ya su respuesta, sin que un reparo de esa estirpe respecto del procesado Bernal Infante sea del interés del impugnante, quien no podría beneficiarse del reparo de un vicio que no hubiese llegado a afectarle.

Por las razones que quedan expresadas, la demanda examinada será desestimada.

Ahora bien. Como al inicio de las consideraciones de la Sala fuera advertida la extinción de la acción penal respecto de los delitos menos graves de tenencia de armas, concierto para delinquir y utilización de uniformes militares, dicha declaración tendrá repercusión respecto de la tasación final de pena, según razones complementarias que a continuación se expresan.

Cuando el juzgado en la primera instancia se ocupó de graduar la pena que correspondía, partió de la prevista para el delito de homicidio agravado como infracción más grave, tomando de base el límite menor (16 años), para incrementarle en 5 años la pena a Omar Bernal Matíz y en 6 la correspondiente al acusado Luis Bernal Infante, asumiendo para el efecto la pluralidad y gravedad de los delitos en concurso.

Al revisar la decisión por vía de consulta, el Tribunal estimó que las infracciones adicionales al cargo principal de homicidio revestían más gravedad de la que había considerado el Juzgado, por lo que incrementó la pena por razón del concurso a 24 y 25 años de prisión, en el mismo orden enunciado.

Si se percibe que ese incremento no se le individualizó a cada delito, y que de los varios adicionados al de homicidio, los más graves en pena (hasta doce años) y número de infracciones (6), son los de hurto calificado y agravado, cabe entender que el descuento correspondiente al porte ilegal de armas, uso de uniformes y concierto para delinquir no puede sobrepa-

sar de los dos años respecto de cada uno de los procesados, lo que en definitiva dejará la pena del acusado Bernal Infante en 23 años de prisión, y en 22 la de Bernal Matiz, y excluirá la multa (propia del uso de uniformes), como en efecto se modificará el fallo recurrido, sin que proceda variar en algo más los términos de esa sentencia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la acción penal se ha extinguido en este asunto respecto de los delitos de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo militar y de defensa personal, de uso de uniformes militares y de concierto para delinquir, que les fueran imputados a los acusados, declarando la cesación de todo procedimiento respecto de dichas infracciones, y reduciendo como consecuencia la pena principal impuesta por los delitos de homicidio agravado y hurtos calificados y agravados a 23 años de prisión en el caso de Luis Humberto Bernal Infante y 22 años de la misma pena en el caso de Omar Bernal Matiz, excluyendo para ambos la pena de multa, y

SEGUNDO: NO CASAR la sentencia impugnada por el defensor del acusado Omar Bernal Matiz.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, (Con aclaración parcial de voto), Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION PARCIAL DE VOTO

Como comparto la decisión que se toma, me limito a aclarar el voto en cuanto al concepto de sorprendimiento en flagrancia sin captura, pues como he expresado en otras oportunidades, creo que para que la flagrancia produzca los efectos jurídicos que se le atribuyen debe estar acompañada de la captura.

La Sustentación de ese planteamiento la he repetido en varios salvamentos de voto, por lo tanto a ellos me remito.

Ricardo Calvete Rangel,

Magistrado.

Fecha, *ut supra.*

ACCION DE REVISION/ INVESTIGACION DE OFICIO

La remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando frente a la demostración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley, se evidencia que se cometió una injusticia. Por ello, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, para que la Sala, al momento de estudiarla, observe que la sentencia se profirió contrariando los postulados de la justicia material.

Nos encontramos en presencia de punibles investigables de oficio que, como tales, debían ser denunciados por cualquier habitante del territorio nacional mayor de dieciocho años, que tuviera conocimiento de ellos y, con mayor razón, por el servidor público. Sólo en los delitos querellables o que exijan petición especial, clase a la que no pertenecen los mencionados, se requiere la calidad de querellante legítimo o de peticionario especial como condición de procesabilidad, en forma tal que si la actuación se adelantó y culminó con sentencia ejecutoriada, desconociendo tal fenómeno inhibitorio, será procedente la acción de revisión.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda.*

Proceso No. 14384

Aprobado acta N° 75

VISTOS

En Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia procede a decidir sobre la idoneidad de la demanda en que se pretende ejercer la acción de revisión por el defensor de la sentenciada María del Carmen Echeverría de Sanguino, condenada por los delitos de exportación ficticia, uso de documento público falso, falsedad en documento privado y estafa.

La Demanda

El defensor de la sentenciada promueve la acción para que se ordene la revisión del proceso penal en el cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, mediante sentencias del 7 de marzo de 1996 y del 15 de agosto siguiente, respectivamente, condenaron a la acusada María del Carmen Echeverría de Sanguino y otros a la pena principal de 6 años y 1 día de prisión y a las accesorias de rigor, como coautora de los delitos en precedencia citados.

Las causales con las cuales pretende obtener la revisión del proceso son la segunda y quinta de las contempladas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, fundándolas en los siguientes argumentos:

Respecto a la primera, sostiene el actor que el proceso adelantado contra la procesada se inició con una denuncia formulada por un servidor público que no tenía la representación legal de la Nación, ya que "la titularidad de la acción penal corresponde al ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO, a través de la Fiscalía General de la Nación y los jueces competentes, excepción del Congreso, lo cual nos lleva a aceptar, con buen criterio jurídico, que el Banco de la República no puede ejercer esta función especialísima".

Luego de reseñar desde su personal óptica en quién recae la representación del Estado y de citar algunas normas, asevera que de conformidad con el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal "la querella y la petición son condiciones de procesabilidad de la acción penal. Cuando la ley exija querella o petición especial para iniciar el proceso, bastará que quien tenga derecho a presentarlas, formule la respectiva denuncia ante autoridad competente, con las mismas formalidades y facultades establecidas en el artículo 27".

A renglón seguido afirma:

"Igualmente, el representante legal del Banco de la República no lo es el Subgerente de Asuntos Internos, y menos, otrora, el dr. Nilson Pinilla Pinilla para intentar denunciar, ante la autoridad pertinente, los hechos que aquí estudiamos como delito contra el Orden Económico y Social, cuyo sujeto pasivo es el Estado colombiano, y no el Banco de la República.

"Primera conclusión inferida de estos elementales juicios de estudio y convicción, es la de que el Banco de la República no tenía la legitimación para formular la respectiva denuncia penal contra la firma Sanguino Hermanos y Compañía, por los presuntos hechos punibles, que culminó con la sentencia condenatoria de marras. En otra forma, el Banco de la República no era el legítimo querellante o peteente especial, por no ser el representante del ESTADO COLOMBIANO".

Concluye afirmando que se dan los presupuestos fácticos que contempla la norma procesal para ordenar la revisión del proceso.

En lo que hace relación a la segunda causal incoada, sostiene que el fallo de condena se soportó en una prueba falsa o, mejor aún, en medios de convicción allegados al proceso ilícitamente.

Asevera que las experticias técnicas, las pruebas trasladadas y las realizadas en el exterior, se incorporaron al proceso, sin el lleno de los requisitos legales que exigía la norma procesal vigente para la época de los hechos.

Posteriormente, en acápite separado, dice que es inexacto que tanto la tipicidad de las conductas imputadas, como la antijuridicidad, la culpabilidad y la causalidad, se encuentren estructuradas en el presente caso, conforme a la prueba recaudada.

No es cierto, increpa, que el Banco de la República hubiese sido el sujeto pasivo de la conducta desarrollada por los procesados, por cuanto que la prueba allegada es precaria para predicar tal aserto.

Sin guardar un orden lógico, a renglón seguido, manifiesta que la sentencia proferida contra su defendida es ilegal, ya que carece de motivación en lo relacionado con su intervención en las conductas imputadas en la resolución de acusación, contrariando lo estipulado en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal.

Insiste que en el proceso se transgredieron los derechos fundamentales del debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto que la prueba realizada en el exterior lo fue sin los requisitos legales, para lo cual se permite criticar la práctica y aducción de varios medios de convicción.

Por último, se queja que en la prueba grafotécnica allegada al proceso no se hubiese realizado un "cotejo técnico para llegar a la verdad".

En el acápite de pruebas, solicita la ampliación de varios testimonios y la práctica de una experticia.

En escrito presentado posteriormente incorpora plural prueba documental para que sea tenida en cuenta dentro de este trámite.

Consideraciones de la Corte

La remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando frente a la demostración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley, se evidencia que se cometió una injusticia. Por ello, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, para que la Sala, al momento de estudiarla, observe que la sentencia se profirió contrariando los postulados de la justicia material.

En el presente caso, de la sola lectura del libelo, se evidencia que el demandante desconoce los soportes filosóficos y jurisprudenciales en que se ampara este instituto, por cuanto que a lo largo del escrito, como si se tratara de una tercera instancia, plantea situaciones que se apartan, totalmente, de las causales escogidas para solicitar la revisión del proceso.

La primera aducida por el actor consiste en que el denunciante en este asunto no estaba investido de la legitimidad necesaria para hacerlo, ya que de existir un lesionado, según su juicio, con una de las conductas por las cuales fue condenada su defendida, lo sería el Estado colombiano y no el Banco de la República, afirmación esta que coloca de relieve el poco conocimiento jurídico del demandante, respecto a las diferencias que existen entre la querella y la denuncia. En efecto, nos encontramos en presencia de punibles investigables de oficio que, como tales, debían ser denunciados por cualquier habitante del territorio nacional mayor de dieciocho años, que tuviera conocimiento de ellos y, con mayor razón, por el servidor público. Sólo en los delitos querellables o que exijan petición especial, clase a la que no pertenecen los mencionados, se requiere la calidad de querellante legítimo o de peticionario especial como condición de procesabilidad, en forma tal que si la actuación se adelantó y culminó con sentencia ejecutoriada, desconociendo tal fenómeno inhibitorio, será procedente la acción de revisión.

La otra causal impetrada por el demandante tampoco se ajustó a los parámetros legales, ya que como lo señala el precepto y lo ha reiterado la Sala, cuando se trata de prueba falsa es menester que exista, previamente a su invocación, decisión judicial debidamente ejecutoriada que así lo declare, la que se debe acompañar al escrito de demanda, sin que en el caso que ocupa la atención de la Corte los fundamentos expuestos guarden relación alguna con ella, en razón a que las falencias que denuncia, tales como la ilegalidad en la incorporación de la prueba, la no práctica de la misma, la carencia de requisitos para condenar, la violación del derecho a la defensa y la inmotivación del fallo condenatorio, no son susceptibles de ataque a través de esta hipótesis revisional, ni de ninguna otra, sino de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación, en oportunidades que ya precluyeron, al haber cobrado ejecutoria la sentencia.

Como de manera repetida, lo ha sostenido la Sala: "la revisión no corresponde a un instrumento ordinario que permita dar cabida a particulares consideraciones tendientes a cuestionar los soportes de la declaración de justicia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y amparada por el doble carácter de definitiva e inmutable.

"Su fundamento se halla en la posibilidad real de lograr un fallo rescindente en orden a remediar la injusticia material en que haya podido incurrir el órgano juridiscente, pero sólo por el acaecimiento de precisos

motivos, cuya demostración corre a cargo del actor" (M.P. Dr. Fernando Arboleda R. Rev. 13393 sep/97).

Finalmente, el demandante tampoco cumplió, totalmente, con el requisito del numeral 4° del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no aportó, como era su deber, los medios de prueba que soporten su petición de revisión.

En las anteriores circunstancias, el actor no satisface los requisitos de admisibilidad exigidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia, por lo que la demanda de revisión será inadmitida.

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

RESUELVE:

1. Reconocer al doctor Angel Samuel Sierra González como apoderado de la condenada María del Carmen Echaverría de Sanguino.

2. INADMITIR la demanda de revisión contra el fallo proferido el 15 de agosto de 1996, por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante el cual se condenó a María del Carmen Echaverría de Sanguino, como coautora de los delitos de exportación ficticia, uso de documento público falso, falsedad en documento privado y estafa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (impedido), *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ SUJETO PROCESAL

En razón a ser la acción de revisión instrumento extraordinario que persigue levantar los efectos de la cosa juzgada judicial, su ejercicio está sometido al cumplimiento estricto de los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley de rito, los cuales de no ser reunidos en su integridad, conducen inexorablemente al rechazo de la demanda por la Corte.

Entre ellos, se destaca el de legitimidad del actor, radicada por el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, exclusivamente en cabeza del defensor del procesado, los titulares de la acción civil dentro del proceso penal, el Ministerio Público o el Fiscal.

Tampoco el ejercicio de esta acción podría hacerse para dar lugar sin razón legal, a ordenar revivir la actuación con la consecuencia de tener que decretar la liberación provisional del procesado, generando, de contera, el riesgo inadmisible de impunidad por el delito cuya responsabilidad penal ya fue determinada y declarada mediante decisión en firme.

Y, aun en el supuesto de que una tal pretensión hubiera sido o sea presentada por un sujeto procesal de aquéllos facultados por la ley para hacerlo, este extraordinario instrumento de postulación no tendría cabida al amparo del primer motivo de revisión, sino del tercero, y solamente en cuanto se acredite el evento de haber sido el procesado suplantado por el verdadero autor del reato quien se identificó como aquél, que no es precisamente el caso presente, como se dejó expuesto.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 14353

Aprobado acta No. 75

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el mandatario judicial del señor Luis Alberto Adames Ballesteros.

ANTECEDENTES

Con ocasión del procedimiento policial efectuado el 14 de julio de 1997 en el inmueble ubicado en la calle 67 No. 80C-54 de Santa Fe de Bogotá, se logró la incautación de 878.5 gramos de cocaína, dos romanas manuales marca Yamasa, una cucharita gramera, un rollo de polietileno, papel picado para envoltura, veinte anillos de color dorado, cinco cadenas de diferentes dimensiones, dos controles remotos para equipos electrodomésticos, cuatro radios transistores, cuatro cámaras fotográficas y dos pasacintas; y la captura de tres personas, entre ellas quien dijo llamarse Luis Alberto Adames Ballesteros, sindicadas de dedicarse a la venta de sustancias estupefacientes.

Al rendir indagatoria, el indocumentado Adames Ballesteros, manifestó ser hijo de José Roberto Adames Manrique y Mery Ballesteros, haber nacido en Bogotá el 30 de mayo de 1978, alfabeta, ser obrero de la construcción y residir en la Calle 67 No. 80C-45 Sur de Santa Fe de Bogotá. En la diligencia se dejó constancia que sus rasgos morfológicos corresponden a un hombre de 1.70 metros de estatura aproximada, tez trigueña clara, contextura delgada, cabello negro semiondulado, boca mediana, labios delgados, nariz recta, ojos castaño claro, y que como señal particular presenta una "cicatriz en el lado izquierdo del mentón".

La situación jurídica de este sindicado fue definida por la Fiscalía 271 Seccional de Bogotá, con medida de aseguramiento de detención preventiva, y, posteriormente, en diligencia para sentencia anticipada, el Fiscal 266 Seccional Delegado, lo acusó por la infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el art. 17 de la Ley 365 de 1997, cargos que fueron aceptados en su integridad por el procesado.

El fallo prematuro correspondió emitirlo al Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito, mediante el cual se condenó al procesado a la pena principal de treinta y dos meses de prisión por encontrarlo penalmente responsable del delito imputado en el acta de formulación de cargos, "debiendo continuar privado de la libertad descontando físicamente la pena aquí impuesta", según precisó, mediante decisión que, al ser recurrida en apelación por el defensor, el Tribunal Superior confirmó en su integridad, cobrando ejecutoria en esa instancia.

LA DEMANDA

En representación del señor Luis Alberto Adames Ballesteros y con apoyo en el ordinal 1o. del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el actor aduce que mediante el fallo, cuya rescisión persigue, se condenó a Luis Alberto Adames Ballesteros, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.912.981 de Bogotá (su asistido), y a Luis Alberto Adames Ballesteros (actualmente descontando la pena impuesta en la Cárcel del Circuito de Chiquinquirá), indocumentado, cuyo ver-

dadero nombre, según sostiene, es José Roberto López Ballesteros (tío de su patrocinado), nacido el 30 de mayo de 1978 de la unión de José Roberto López y María de los Angeles Ballesteros.

En el capítulo que titula "Sustentación Jurídica", aduce el actor que la suplantación de que fue objeto su cliente por parte del sentenciado, ha lesionado sus derechos fundamentales al buen nombre, integridad personal, privacidad, tranquilidad, trabajo, debido proceso e intimidad, cuya protección reclama por la vía que ejerce.

SE CONSIDERA

En razón a ser la acción de revisión instrumento extraordinario que persigue levantar los efectos de la cosa juzgada judicial, su ejercicio está sometido al cumplimiento estricto de los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley de rito, los cuales de no ser reunidos en su integridad, conducen inexorablemente al rechazo de la demanda por la Corte.

Entre ellos, se destaca el de legitimidad del actor, radicada por el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, exclusivamente en cabeza del defensor del procesado, los titulares de la acción civil dentro del proceso penal, el Ministerio Público o el Fiscal.

Esta titularidad no se observa en el presente caso, toda vez que el poderdante, señor Luis Alberto Adames Ballesteros, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.912.981 de Bogotá, no fue la persona condenada en el asunto que culminó con el fallo cuya revisión es perseguida, según se concluye de la individualización que del procesado se hizo en la actuación, lo afirma el postulante y se confirma con el hecho de que el sentenciado actualmente se halla privado de la libertad en la Cárcel del Circuito Judicial de Chiquinquirá.

Cosa distinta es que en el presente evento la situación de homonimia, real o ilícita, surgida entre el procesado y el poderdante en este caso, cuyo origen no corresponde determinar por esta vía, le haya generado perjuicios en su honra y buen nombre al mandante, pero esta circunstancia no se halla tipificada en la ley procesal como motivo que amerite la iniciación de un juicio rescindente, ni podría dar lugar a la invalidación de la sentencia objeto de la acción para proferir un fallo de reemplazo, el cual solamente puede ser emitido cuando se acredite la prescripción de la acción penal, ilegitimidad o caducidad de la querella o cualquier otra causa de extinción de la acción penal, o por haber variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia de condena.

Tampoco el ejercicio de esta acción podría hacerse para dar lugar sin razón legal, a ordenar revivir la actuación con la consecuencia de tener que decretar la liberación provisional del procesado, generando, de conte

ra, el riesgo inadmisible de impunidad por el delito cuya responsabilidad penal ya fue determinada y declarada mediante decisión en firme.

Y, aun en el supuesto de que una tal pretensión hubiera sido o sea presentada por un sujeto procesal de aquellos facultados por la ley para hacerlo, este extraordinario instrumento de postulación no tendría cabida al amparo del primer motivo de revisión, sino del tercero, y solamente en cuanto se acredite el evento de haber sido el procesado suplantado por el verdadero autor del reato quien se identificó como aquél, que no es precisamente el caso presente, como se dejó expuesto.

La solución que se impone adoptar decretando el rechazo de la demanda, en manera alguna indica que la pretendida aclaración en la verdadera identidad del sentenciado, de ser justa, haya de quedar sin respuesta judicial, pues, para ello, la Constitución y la ley han previsto mecanismos eficaces los cuales no corresponde definir e indicar a la Corte, máxime si se observa que el interesado se halla representado por su abogado, quien bien sabrá sobre la mejor manera de demostrar la real ocurrencia de la situación que pregona.

Dado que no existe titularidad legal para el ejercicio de la acción que ahora ocupa a la Corte, y el supuesto alegado de momento no corresponde al motivo de revisión que se invoca, no queda alternativa distinta a decretar el rechazo de la demanda de revisión presentada en este asunto.

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

RESUELVE:

PRIMERO. Reconocer como apoderado del señor Luis Alberto Adames Ballesteros, al doctor John Jairo Granda Quijano en los términos del poder a él conferido.

SEGUNDO. RECHAZAR la demanda de revisión presentada a nombre del señor Luis Alberto Adames Ballesteros.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PREVARICATO POR ACCION/ HABEAS CORPUS

Incurre en el delito de prevaricato por acción, de acuerdo con el artículo 149 del Código Penal (modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995), "El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley...", conducta que debidamente probada ha lugar a la sanción de "prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta".

Se tendrán en cuenta las siguientes precisiones:

Aunque no deja de ser relevante el examen de la doctrina y la jurisprudencia sobre el derecho fundamental constitucional del hábeas corpus, dado que ello puede contribuir a establecer si en realidad existe una resolución abiertamente contraria a la ley o se trata más bien de una interpretación loable de las normas, lo cierto es que la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculpado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades éstas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado.

De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo "manifiestamente contra-

rio a la ley". Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el "deber ser" legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un "deber ser" que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades.

Por la misma naturaleza jurídica de la regulación constitucional del hábeas corpus, *que prevé una solución rápida de 36 horas, necesariamente se presuponen palmarias agresiones informales o situaciones de hecho, cuestiones tan simples o tan ostensiblemente arbitrarias que no exigen las complejas valoraciones de hechos y normas procesales, de orden objetivo y subjetivo, como aquellas que significan negarle legalidad o mérito a una medida de aseguramiento adoptada por la autoridad judicial. Es que en un término tan breve de horas no se puede aprehender la dimensión de toda una actuación procesal que se ha sujetado a un método durante días o meses.*

Con el fin de que no se confundan nocivamente las esferas de acción y exigencia de los derechos fundamentales constitucionales (libertad, hábeas corpus *y debido proceso), no puede quedar duda de que el fin del* hábeas corpus *es la tutela de la libertad en sentido material y no el debido proceso en sentido formal. Por ello, en caso de prolongación ilegal de la privación de la libertad, si se dicta una medida de detención antes de cualquier disposición sobre la protección especial, es necesario acudir primero a los mecanismos de solución y recursos propios del proceso que ya está en curso, tal como lo indica el inciso 2° del artículo 430 del C. P. P. De esta manera, la Corte Constitucional señaló claramente que una vez dictada la medida de aseguramiento de detención, sin que se haya dado el rito respectivo, ya no es procedente acudir al singular amparo sino a los recursos propios del proceso penal, que es lo determinante.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13628

Aprobado Acta N° 72 (mayo 20)

VISTOS

Encara la Sala el recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia fechada el 8 de agosto de 1997, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá declaró la responsabilidad penal del doctor Carlos Eduardo Muñoz Dávila, Juez Ochenta y Ocho Penal Municipal de esta ciudad, como autor del delito de prevaricato por acción, y consecuentemente le impuso las penas principales de treinta y ocho (38) meses de prisión, multa por valor de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la privación de la libertad. En la misma decisión, se adopta la sanción accesoria de pérdida del empleo público u oficial; se le niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, pero la captura está diferida a la ejecutoria del fallo; y finalmente se abstiene el Tribunal de imponerle condena por perjuicios.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la Unidad Cuarta de Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la ciudad, se adelantaba investigación penal por el delito de homicidio cometido en la persona del ciudadano Germán Alberto Cifuentes Vivas, averiguación en la cual la policía metropolitana capturó y puso a disposición a los individuos Carlos Alberto Arias Giraldo, Jhon Francisco Cruz Romero, Jesús Cervando Giraldo Muñoz y Alvaro Vera Díaz, el día 21 de febrero de 1996, siendo oídos en indagatoria al día siguiente. La situación jurídica de los imputados fue resuelta el 6 de marzo posterior, por medio de medida de aseguramiento de detención preventiva en relación con los dos primeros sindicados; mientras que los dos restantes fueron favorecidos con la libertad sin condiciones. La orden detentiva fue confirmada en segunda instancia por la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior.

Pues bien, el abogado defensor del detenido Jhon Francisco Cruz Romero intentó la acción de *hábeas corpus* en beneficio de su defendido y del cosindicado Carlos Alberto Arias Giraldo, petición que fue despachada favorablemente por el señor Juez Ochenta y Ocho Penal Municipal de la ciudad, según providencia fechada el 3 de mayo de 1996. Como el Fiscal Cuarenta y Ocho Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, encargado de la investigación por homicidio, estimó que la determinación liberatoria era manifiestamente contraria a la ley, en la misma fecha ordenó compulsar copias para que se investigara la conducta del juez.

Así planteados los hechos, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, por competencia, ordenó la apertura de investigación, dispuso la práctica de algunas pruebas y recibió indagatoria al funcionario imputado (fs. 13 y 108, cuaderno original). Según resolución del 11 de junio de 1996, el funcionario instructor dictó

medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del doctor Carlos Eduardo Muñoz Dávila, como presunto autor de un delito de prevaricato por acción, pero le concedió la libertad provisional con fundamento en un favorable examen anticipado de los requisitos de la condena de ejecución condicional (fs. 217-228).

La instrucción fue cerrada y se produjo la calificación sumarial el día 6 de febrero de 1997, por medio de resolución acusatoria dictada por el delito de prevaricato por acción, de acuerdo con las previsiones típicas del artículo 149 del Código Penal, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995 (fs. 274 y 339 347).

El 6 de marzo de 1997 se inició la fase del juzgamiento por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, se practicaron algunas pruebas y se negaron otras y finalmente se cumplió el acto de audiencia pública (fs. 3, 19 y 68, cuaderno del tribunal).

El Tribunal cerró su actuación con el fallo de primer grado que es objeto de apelación, el cual quedó reseñado en la introducción de esta providencia (fs. 102-117).

La Sentencia Impugnada

Después de hacer un resumen de la acusación y reseñar los alegatos de las partes en la audiencia pública, el Tribunal de instancia reflexiona del siguiente modo:

Previa cita de las sentencias del 6 de septiembre de 1946, 10 de julio de 1980 y 24 de junio de 1986, obra de esta Corporación, el *a quo* elabora la premisa de que es "manifiestamente contrario a la ley" el acto funcional porque en forma patética se aparta de toda norma jurídica o cuando conculca arbitrariamente un derecho ajeno, o cuando mañosamente se hace decir a la ley lo que ella no expresa, sin que sea argumento excusante la mera alegación de ignorancia o error, pues debe estar también claramente demostrado que no hubo acompañamiento de un propósito de actuar torcidamente.

A partir de esta precisión de los elementos de la tipicidad, se asegura que el auto del 3 de mayo de 1996, dictado por el doctor Carlos Eduardo Muñoz Dávila, es manifiestamente contrario al artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 2° de la Ley 15 de 1992, precepto según el cual la acción de *hábeas corpus* busca la tutela de la libertad personal de quien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o cuando se prolongue ilegalmente la privación de su libertad. Además, como lo advierte la misma disposición, "las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso".

Como el supuesto planteado para instaurar la acción de *hábeas corpus* era el vencimiento del término para resolver situación jurídica (art. 387 C. P. P.), se tiene que su procedencia habría de mirarse a la luz de la hipótesis de prolongación ilegal de privación de la libertad. Así entonces, la prosperidad de la petición estaba supeditada a su formulación antes de que se profiriera la medida de aseguramiento, pues ésta convalida la restricción libertaria, y, como consecuencia, no procede el *hábeas corpus* y la pretensión ya deberá orientarse por el control de legalidad respectivo (art. 414A *idem*). En efecto, la medidas restrictivas de la libertad sólo se consideran jurídicamente ineficaces cuando se dictan después de haberse solicitado el *hábeas corpus*, pues se entiende que estarían encaminadas a impedir la libertad por virtud del ejercicio de esa acción especial.

De otra parte, la sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993 declaró exequibles los artículos 1° y 2° de la Ley 15 de 1992, el segundo de los cuales prevé que las peticiones de libertad de quien se encuentre legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso, razón por la cual el juez acusado no podía acudir a una interpretación que significara inaplicar dicho precepto por excepción de inconstitucionalidad, de cara al artículo 30 de la Carta Fundamental, dado que el supremo guardián constitucional ya se había pronunciado sobre el tema. Destaca de este fallo de exequibilidad la parte que se refiere a la improcedencia del *hábeas corpus* para controvertir las órdenes de privación de la libertad dispuestas por la autoridad judicial, merced a la existencia de recursos y acciones ordinarias previstos en la legislación para hacerlo dentro del proceso, salvo que ya no fuere posible discutir regularmente esos mandatos de detención o que dichas acciones y recursos no puedan ser resueltos de manera imparcial.

Con esta argumentación, el Tribunal sostiene que obra certeza en el proceso de que la providencia del juez de *hábeas corpus* es manifiestamente contraria a la ley, y, por ende, su conducta es típica del delito de prevaricato por acción.

Asegura también el *a quo* que el comportamiento es antijurídico, en la medida en que ha lesionado injustificadamente el buen nombre, el decoro y la buena marcha de la Administración Pública en general, la rectitud en el desempeño jurisdiccional, bien jurídico tutelado por el legislador.

En cuanto a la culpabilidad, el Tribunal estima que se ha probado el dolo con base en los siguientes datos:

El juez acusado tuvo la oportunidad de conocer la medida de aseguramiento que afectaba a los investigados Arias Giraldo y Cruz Romero, dictada el 6 de marzo, y también las respectivas providencias que la confirmaron por vía de los recursos de reposición y apelación (20 de marzo y 23 de abril), razón por la cual debió negar la acción de *hábeas corpus*, máxime que en la decisión de segunda instancia se examinó y negó una petición

que apuntaba a la libertad por presunta captura ilegal y prolongación ilegal de la restricción. En efecto, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal sostuvo que, a pesar de haberse dejado vencer el término para resolver situación jurídica, finalmente se adoptó la respectiva determinación, hecho que legalizaba la detención y excluía la posibilidad de alegar el *hábeas corpus*, toda vez que esta acción sólo tiene lugar durante la privación ilegal de la libertad.

También es relevante el hecho de que la petición de *hábeas corpus* se haya presentado el 3 de mayo de 1996, prácticamente dos meses después de haberse cometido la irregularidad comentada, situación que claramente excluía la aplicación del mecanismo protector, pues, como se ha señalado, el amparo necesariamente debe solicitarse antes de que se adopte la medida correspondiente, a fin de evitar la convalidación, y así no se hizo en este caso.

En estas condiciones, el Tribunal entiende que no puede aceptarse el error aducido por el defensor del doctor Muñoz Dávila, pues este funcionario no sólo conocía las decisiones antes mencionadas sino que su condición de abogado y por su amplia experiencia en la Rama Judicial, todo indica que sabía el derecho objeto de debate. Por lo demás, con apoyo en doctrinante nacional, se dice que si bien la hostil ceguera no reemplaza el dolo, lo importante es que el sujeto conozca "la norma prohibitiva, no importa que rechace su función motivadora, pues la objetividad imperativa del derecho está en las valoraciones *erga omnes*".

Tampoco cuenta como convicción de buena fe el argumento de que el funcionario acusado antes resolvió casos similares en el mismo sentido, pues la única constancia que obra en el proceso se refiere a una acción de *hábeas corpus* cuyo objeto era completamente diferente. De igual manera, ninguna trascendencia tiene la absolución producida en materia disciplinaria, según decisión que adoptó el Consejo Seccional de la Judicatura el 17 de abril de 1997, puesto que dicha determinación no interfiere la acción penal.

De esta manera, el Tribunal aprecia que se reúnen los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y dispone la condena del acusado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

En el debate del recurso de apelación, el juez acusado discurre de la siguiente manera:

Recaba sobre su origen, su vida familiar, social y profesional para indicar que no posee las características intelectuales del infractor que tiende a violar la ley, aclaración que le sirve para sostener que no se encara la situación de un delincuente, sino la de una persona que con decoro, honradez y humildad siempre ha tenido presente el respeto a la legalidad.

Para el caso de la acusación que lo afecta, el recurrente dice que estaba convencido plenamente de que actuaba conforme con el derecho, pues se trata de un criterio que ya se venía sosteniendo, amén de que lo persuadía la exposición de un autor nacional, según la cual el artículo 464 del desaparecido Código de Procedimiento Penal de 1987 constituía una cortapisa a la eficacia de la acción de *hábeas corpus* y debía pensarse en su modificación. En efecto, el mencionado precepto se refería a la "improcedencia del *hábeas corpus*" y decía que "En los casos de prolongación ilícita de privación de libertad no procederá el *Hábeas Corpus* cuando, con anterioridad a la petición, se haya proferido auto de detención o sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario".

De acuerdo con el mismo doctrinante, cuya posición recibe el impugnante, el *hábeas corpus* deberá restituir la libertad "a quien ilegalmente se encuentre capturado, detenido, encarcelado o purgando pena más allá de la impuesta en la sentencia, teniendo en cuenta las rebajas que el reo mereciere". De tal manera que dicha acción debe ser procedente en cualquier momento del proceso, no prescribe ni caduca mientras subsista el acto arbitrario, y va hasta el caso de que haya una prolongación ilegal de la condena.

Al amparo de esta concepción, reforzada por la ausencia en la actual legislación de la misma norma de improcedencia prevista en el artículo 464 del anterior Código, dice el apelante que su modesta interpretación lo llevó a la conclusión de que lo procedente era conceder el beneficio impetrado, sin que hubiese pensado en algún momento que tal decisión pudiera ser considerada como prevaricato.

Le extraña al funcionario acusado que la Fiscalía no hubiese tenido en cuenta la declaración del doctor César Rincón Sabogal, agente del Ministerio Público ante su despacho por más de tres años, pues de allí emerge la buena fe y la conducta intachable que siempre lo ha acompañado en el ejercicio de su función.

También le parece curiosa la minimización que en la sentencia de primera instancia se hace de la decisión del Consejo Seccional de la Judicatura, habida cuenta que se trata de situaciones idénticas, y en tal proveído le dan la razón al declarar que su acto estuvo ajustado a la Constitución y a la Ley, mas paradójicamente ahora se le condena por los mismos hechos.

Tampoco entiende el apelante por qué el Tribunal aduce que él violó flagrantemente el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 15 de 1992, que remite al proceso respectivo las peticiones de libertad de quien se encuentra legalmente privado de la libertad, cuando la Corte Constitucional dice claramente que dicha expresión no se refiere al *hábeas corpus* sino a solicitudes normales de excarcelación que se hacen dentro de la actuación procesal, máxime que tal reparo se trajo a colación en la situación jurídica pero no en la resolución de acusación.

Finalmente, el funcionario acusado manifiesta que si en criterio de la Corte él ha cometido un error, de todas maneras no hubo mala fe ni propósito de inferirle daño a alguien, pues así lo demuestran sus inmaculados antecedentes personales, razón por la cual ruega la revocatoria de la decisión de primer grado.

El defensor del acusado plantea, en primer lugar, que la decisión de su defendido no transgredió ninguna norma jurídica fundante; y, en segundo lugar, que todo lo hizo bajo la creencia absoluta, en razón de su experiencia judicial, de que protegía la libertad personal mediante el recurso de *hábeas corpus*. El desarrollo de sus planteamientos es el siguiente:

Existe acuerdo en que hubo exceso en los términos para resolver la situación jurídica, pero la discrepancia radica en la aplicabilidad del artículo 2° de la Ley 15 de 1992. Pues bien, el *a quo* sostiene que el auto del 3 de mayo de 1996, proferido por el juez Carlos Eduardo Muñoz Dávila, es manifiestamente contrario al inciso 2° del precepto citado, según el cual las peticiones sobre libertad de quien se encuentre legalmente privado de ella deberán presentarse dentro del respectivo proceso. Sin embargo, dice el defensor, él afirma, con apoyo en argumentación de la Corte Constitucional, que la mencionada disposición "... no es una excepción al principio fundamental del *hábeas corpus* sino una complementariedad a la órbita de actuación y de funcionamiento de competencia de los jueces..."; esa norma del inciso 2° no se refiere a la acción de *hábeas corpus* sino al ámbito de actuación ordinaria de los jueces dentro de sus competencias legales y constitucionales y dentro de los límites de los recursos procesales. Pero en este punto ensaya una reflexión para decir que el artículo 430 del C. P. P. contiene una proposición normativa completa, mas como el poder constituyente consagró el *hábeas corpus* como un derecho fundamental, esta acción no puede estar limitada por los recursos del Procedimiento Penal, no precluye y es amplia para reaccionar contra las arbitrariedades del poder del Estado, pues tiene vigencia aun durante los estados de excepción.

Recuerda que solamente el artículo 464 del Decreto 050 de 1987 excluía taxativamente el *hábeas corpus*, pero a raíz del cambio constitucional y legal no sólo se derogó dicha norma, sino que se le dio a la figura el rango de derecho constitucional fundamental; de tal manera que su existencia y aplicabilidad no se le pueden delegar a la doctrina y a la jurisprudencia, pues se trata de un problema de voluntad constituyente para garantizar los derechos fundamentales. Dice que el Tribunal expone una visión procesalista del *hábeas corpus*, como mero recurso contra detenciones ilegales, cuando en realidad se trata de un principio fundamental de orden constitucional.

Quiere hacer ver el recurrente que existe un sentido encontrado entre las disposiciones del artículo 430 del C. de P. P. y del artículo 30 de la

Constitución Política, pues mientras el primero se refiere a las peticiones de libertad de "quien se encuentre legalmente privado de la libertad", el segundo alude a "Quien estuviere privado de su libertad y creyere estarlo ilegalmente".

Se pregunta el impugnante si era legal o ilegal la privación de la libertad de los beneficiados con el *hábeas corpus*, pero concluye que es un sofisma plantear que dicha acción sólo puede plantearse antes de la medida de aseguramiento, pues por vía jurisprudencial a ello puede llegarse aun después de la sentencia condenatoria, como corresponde a un derecho fundamental dentro de un Estado Social de Derecho, que busca sin límites la protección de las libertades individuales, acorde con los tratados internacionales y la propia Constitución Política, particularmente por la previsión de los artículos 8° y 76 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No le parece apropiado al recurrente que se aduzca la posibilidad alternativa de que los beneficiarios de la protección hayan solicitado el control de legalidad de la medida de aseguramiento, porque, de un lado, el artículo 414A no hace forzosa sino facultativa dicha revisión y, en segundo orden, el juez de conocimiento no puede intervenir sino a virtud de una necesaria solicitud de los sujetos procesales habilitados para ello.

Ahora bien, en lo que atañe al dolo en el delito de prevaricato, el impugnante trae a colación varias decisiones de esta Corporación, según las cuales el actuar doloso en dicha figura delictiva requiere el entendimiento de la manifiesta ilegalidad del dictamen o resolución, los cuales se profieren con plena conciencia de que se vulnera el interés jurídico estatal en la recta y equilibrada solución oficial de los conflictos. Sugiere entonces que esta nítida conciencia de la antijuridicidad no ha sido demostrada en relación con su defendido.

También se lamenta de que el Tribunal de primera instancia no haya tenido en cuenta el fallo disciplinario, haya interpretado limitadamente el subrogado penal y, finalmente, aboga por la absolución de su pupilo.

Acudió también a la audiencia de sustentación el Fiscal Delegado ante el Tribunal que elaboró la acusación, oportunidad en la cual hace las siguientes manifestaciones:

La acción de *hábeas corpus* se intenta dos meses después de haberse ejecutoriado la medida de aseguramiento. El Juez Ochenta y Ocho Penal Municipal le hace una inspección judicial al expediente respectivo y constata que dicha decisión cautelar fue objeto de revisión en segunda instancia, oportunidad en la cual la fiscal declaró que ya no había lugar a la libertad porque se había formalizado su restricción; verificó también el funcionario que antes se había intentado la misma acción por captura ilegal y prolongación ilegal de la privación de la libertad en manos de la policía, pero el juez competente la negó gracias a que la aprehensión se

produjo en flagrancia y la policía retuvo a los imputados durante el tiempo que era permitido por el Decreto Legislativo 1901 de 1995.

En la providencia cuestionada, el juez acusado cita una pequeña parte de una sentencia de la Corte Constitucional, según la cual la acción procede en cualquier tiempo, pero omite todo el desarrollo del fallo en el cual se dice que se reconoce el derecho fundamental porque se ha producido una captura ilegal (caso completamente diferente), y que la medida de aseguramiento allí se produjo para torpedear la efectividad de la acción especial propuesta.

En cuanto al error de tipo, dice el sujeto procesal que es una invocación de última hora que hace la defensa, porque todo lo que ha sostenido el juez investigado desde la indagatoria es que él tiene toda la razón. ¿Y cuál puede ser la posibilidad de error? El *hábeas corpus* se refiere a vías de hecho y en este caso ya había proceso, existía una medida de aseguramiento avalada en segunda instancia, según planteamientos que el juez acusado ignora dizque porque no le concernían, cuando en esa revisión de segundo grado se le remite a la doctrina que habla de la formalización de la detención preventiva en el caso que le interesaba. De modo que si se vislumbrara un error, el funcionario nada positivo hizo para salir de él, habida cuenta de su amplia experiencia judicial, pues el mismo representante del Ministerio Público ante su despacho, aunque la decisión no era apelable, le hace ver que era equivocado conceder el *hábeas corpus* para que corrigiera el yerro de oficio, pero el acusado prefirió guardar silencio ante la oportuna sugerencia.

En lo que se refiere a la providencia exculpatoria del Consejo Seccional de la Judicatura, el fiscal sólo la explica por el cúmulo de trabajo existente en dicha Corporación, pues se trata de una decisión que se limita a transcribir lo dicho por el funcionario investigado, corrobora aritméticamente la superación del término legal para resolver situación jurídica, pero sin hacer ningún análisis de la situación desde el punto de vista jurídico. Ninguna reflexión estimuló a dicha Corporación el hecho de que ya hubieran transcurrido dos meses después de ejecutoriada la resolución detentiva, como si dentro de dos o tres años pudiera concederse la libertad por *hábeas corpus*, gracias a que el funcionario investigador en un comienzo excedió el término para resolver situación jurídica.

El fiscal acusador solicita, en consecuencia, que se confirme la sentencia impugnada.

Intervino también el señor Procurador Quinto Delegado en lo Penal, propuso la confirmación del fallo apelado y fundamenta su petición en las siguientes premisas:

En favor de los capturados por el delito de homicidio se interpuso antes el *hábeas corpus*, pero no prosperó porque la aprehensión se había produ-

cido en flagrancia. A sabiendas de esta primera declaración, y aunque es cierto que el fiscal investigador tardó algunos días para proferir la medida de aseguramiento, el Juez Ochenta y Ocho Penal Municipal concedió la liberación dos meses después de lo ocurrido, cuando en el preciso momento de prolongación ilegal no se había intentado la respectiva acción.

Las circunstancias en las cuales actuó el juez no eran el campo propicio para un error, pues contaba su experiencia en el área penal, existía la norma a la cual debía acogerse, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, no obstante lo cual se citaron parcial y amañadamente los pronunciamientos de la primera Corporación.

De modo que en verdad es procedente el *hábeas corpus* en contra de las aprehensiones arbitrarias o las prolongaciones ilícitas de la privación de la libertad, pero una vez legalizada la actuación, por el proferimiento de la medida de aseguramiento que hace la autoridad competente con los supuestos legalmente establecidos, en relación con esa decisión sólo operan los recursos y no aquella acción especial.

Concluye el Procurador Delegado que el juez contrarió manifiestamente el contenido del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 15 de 1992, asistido de dolo porque no atendió la advertencia que le hiciera oportunamente el Ministerio Público, pues estaba convencido que su criterio era ese "y no atendía absolutamente nada...".

Consideraciones de la Corte

Incurre en el delito de prevaricato por acción, de acuerdo con el artículo 149 del Código Penal (modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995), "El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley...", conducta que debidamente probada ha lugar a la sanción de "prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta".

Se tendrán en cuenta las siguientes precisiones:

1. Aunque no deja de ser relevante el examen de la doctrina y la jurisprudencia sobre el derecho fundamental constitucional del *hábeas corpus*, dado que ello puede contribuir a establecer si en realidad existe una resolución abiertamente contraria a la ley o se trata más bien de una interpretación loable de las normas, lo cierto es que la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el

presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculpado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades éstas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado.

2. De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo "manifiestamente contrario a la ley". Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el "deber ser" legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un "deber ser" que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades.

3. Todo ello por cuanto las investigaciones penales y disciplinarias no pueden convertirse en el expediente para menguar el principio de independencia judicial dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, conforme con el cual los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, pero en todo caso si a ella y no a su capricho (Const. Pol, art. 230).

En este orden de ideas, la Sala ha examinado directamente el auto fechado el 3 de mayo de 1996, dictado por el doctor Carlos Eduardo Muñoz Dávila, en su condición de Juez Ochenta y Ocho Penal Municipal de la ciudad, que aparece a folios 81-85 del cuaderno anexo, por cuyo medio se concedió el *hábeas corpus* a los detenidos Carlos Alberto Arias Giraldo y Jhon Francisco Cruz Romero, para ver de comprobar lo siguiente:

El funcionario judicial estableció, por medio de diligencia de inspección judicial, que la Fiscalía recibió indagatoria a los imputados por el delito de homicidio el día 22 de febrero de 1996 y les resolvió la situación jurídica con adopción de medida de aseguramiento de detención preventiva, el 6 de marzo siguiente, cuando esta determinación, según el criterio del mismo juez, debió tomarse a más tardar el 29 de febrero, si el término de cinco (5) días se computa sólo por los hábiles, o el 27 de febrero, si se estima que son días calendario. En consecuencia, declara el juez protector que se presentaba "la figura jurídica de la prolongación ilegal de la privación de la libertad de los imputados..." (fs. 83).

El funcionario despunta sus valoraciones con la cita de la sentencia de tutela T-046 de 1993, obra de la Corte Constitucional, providencia que, según la referencia del servidor, '... señala en uno de sus apartes que el derecho a invocar el HABEAS CORPUS asegura a la persona la posibilidad de que un Juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad. Y señala que el interés protegido en forma mediata es la libertad, pero el interés inmediato es el examen jurídico procesal de la actuación de la autoridad, y señala que precisamente sucede ello, porque el control de legalidad de la detención es una garantía especial de la libertad y que la decisión que resuelve el *hábeas corpus* no es susceptible de impugnación, entre otras opiniones. Así mismo señala, que desde una perspectiva Constitucional, la tardía 'regularización' de una situación de privación indebida de la libertad por prolongación ilícita contra la cual sea (sic) interpuesto recurso de *hábeas corpus* es inconstitucional" (fs. 83).

Se han tomado fuera de contexto y con fines proditorios expresiones tales como que el *hábeas corpus* asegura a la persona la posibilidad "de que un juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad"; o que el interés protegido en forma mediata es la libertad, "pero el interés inmediato es el examen jurídico procesal de la actuación de la autoridad", en la medida en que dicho "control de legalidad de la detención" ofrece una "garantía especial de la libertad". Claro, estas desarraigadas y maliciosas citas, sólo le podían indicar al juez que estaba habilitado para dictaminar sobre la privación de la libertad, con la sola verificación de que en el pasado se presentó una prolongación indebida de la misma, sin importarle que ya había una medida de aseguramiento vigente, proferida antes de que se ensayara la petición de *hábeas corpus*, pues, al fin y al cabo, para el funcionario no existía mecanismo legal de "convalidación" o "legalización" de la anomalía, dado que esa hipótesis estaba contemplada como "improcedencia del *hábeas corpus*" en el artículo 464 del Decreto 050 de 1987 y dicha norma fue derogada.

Lo curioso es que el funcionario aduce que el mencionado artículo 464 fue derogado, obviamente como lo fue todo el Decreto 050 de 1987, pero evade la confrontación del caso con el contenido vigente del inciso 2° del artículo 430 del C. P. P. (modificado por el art. 2° de la Ley 15 de 1992), sobre todo con el término "legalmente", aunque sí hace una cita general y escueta de la norma al final de sus consideraciones para decir, sin justificación alguna, que fue violada, al igual que el artículo 30 de la Constitución Política.

De modo que se ha preterm itido abiertamente el tenor del inciso 2° del artículo 430, por cuanto este precepto señala claramente que las pretensiones de libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán gestionarse dentro del respectivo proceso. Además, la decisión será "manifiestamente contraria a la ley" no sólo cuando se le adorna de abundantes citas normativas, doctrinarias o jurisprudenciales que no pertenecen a su contexto de justificación material, que sólo sirven de pretexto al

fraude, sino también cuando maliciosamente no se le acompaña de las respectivas razones justificatorias u objetivas, es decir, de un análisis de los hechos en relación con el precepto legal pertinente, así sea breve.

Ahora bien, el fallo de tutela invocado es de fácil lectura y comprensión, de modo que no es posible pasar por alto que el caso allí relacionado se refería no a la concesión inicial de la libertad como consecuencia del *hábeas corpus*, sino a la garantía de respeto y eficacia de una decisión judicial que ya lo había reconocido. En tal virtud, "el examen jurídico procesal de la actuación de la autoridad" demandada en tutela, no se refería en ese caso a la supuesta anomalía ocurrida en el proceso matriz, sino a la rituación del "*hábeas corpus*". Por ello, para entender el énfasis en las frases de la Corte Constitucional, resultaba leal que se trajera a colación el párrafo que precedía lo invocado por el juez, pero que éste ocultó tendenciosamente y cuyo texto es el siguiente:

"... El procedimiento establecido en la ley para presentar, tramitar y decir las solicitudes de *hábeas corpus*, tiene por objeto asegurar la efectividad del derecho fundamental al *hábeas corpus* (CP art. 30). Las restricciones de hecho a su ejercicio, la no concesión del recurso que es objetivamente procedente o el incumplimiento de la decisión favorable al solicitante como consecuencia de medidas tendientes a impedir la libertad de la persona, son actos u omisiones que desconocen el núcleo esencial de este derecho fundamental".

Se recuerda también que en el caso debatido por la acción de tutela mencionada, el Tribunal de Orden Público -hoy Tribunal Nacional- había concedido la libertad por *hábeas corpus* y argumentó de la siguiente manera:

"Si bien, la sección jurisdiccional de orden público de Medellín informa (fl. 18), que la situación jurídica de P... fue resuelta el cinco (5) de septiembre de 1991, dictándose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva como presunta responsable de los delitos de homicidio, lesiones personales con fines terroristas, rebelión, disparo de armas de fuego y empleo de explosivos contra vehículos, se debe tener en cuenta que con anterioridad a esta medida, P... ya había invocado el derecho de *hábeas corpus* (agosto 28 de 1991), al considerar que se encontraba privada de su libertad en forma ilegal, como en efecto lo estaba, si se tiene en cuenta que fue capturada el 12 de agosto de 1991, y hasta la fecha de la revisión del proceso con motivo de la petición que hoy se resuelve (agosto 29 de 1991), no se le había recepcionado a la implicada su injurada, prosperando por tanto el *hábeas corpus* en favor de la peticionaria" (se ha subrayado).

El párrafo transcrito es explícito en la decisión de tutela examinada y se refiere a una prolongación ilícita de la privación de la libertad cometida por parte de la autoridad administrativa que realizó la captura, no a una actuación que hubiere correspondido al funcionario judicial.

lo cual enseña las distintas trazas del caso. Nótese, además, que en dicho evento, producida la anomalía contra el derecho a la libertad, se introdujo la petición de *hábeas corpus* y, examinado el expediente con esa expresa finalidad, no se había recibido indagatoria a la imputada ni mucho menos existía una medida de aseguramiento, amén de que tenía cumplida vigencia en ese entonces el artículo 464 del Decreto 050 de 1987 (C. de P. P. anterior). En la situación que examinaba el juez acusado, por el contrario, cuando se hizo la solicitud de *hábeas corpus* por vencimiento de términos para resolver situación jurídica (3 de mayo), ya se cumplían aproximadamente dos meses de haberse proferido la determinación cautelar (6 de marzo), sentado además que una primera petición relacionada con la presunta ilegalidad de la captura había sido resuelta negativamente por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito (Anexo, fs. 18-26).

También es expedito advertir cómo el acusado persiste en tomar aisladamente expresiones o párrafos de la sentencia de tutela T-46, con el fin de hacerles producir el torcido efecto buscado, cuando se relieva que "Desde una perspectiva constitucional, la tardía 'regularización' de una situación de privación indebida de la libertad por prolongación ilícita contra lo cual se ha interpuesto el recurso de *hábeas corpus* es inconstitucional" (subrayas fuera de texto). Ocurre que este apartado se halla incorporado dentro del tema que el fallo intitula "Inexistencia de las medidas restrictivas de la libertad posteriores a la solicitud de *hábeas corpus*", juicio que la Corte Constitucional hace a través de su propia interpretación de los entonces vigentes artículos 463 y 464 del Código de Procedimiento Penal de 1987.

Así las cosas, la decisión de tutela que el funcionario toma como apoyo de la concesión del *hábeas corpus*, antes que habilitarlo para una determinación de esa clase, en su letra y contexto le llamaba poderosamente la atención sobre el tiempo en el que se hace la respectiva petición, que para la época del trámite especial (agosto de 1991), según lo entiende la Corte Constitucional, debía ser antes de que se dictara cualquier medida judicial limitativa de la libertad, supuesto que aún estaba en vigor el Decreto 050 de 1987. Claro que el juez pretendió justificar las cosas con la desaparición del artículo 464 del C. de P. P. de 1987, norma que expresamente proscribía el *hábeas corpus* por prolongación ilegal de la privación de la libertad, cuando con anterioridad a la solicitud se profería la medida restrictiva, pero deliberadamente omitió consideraciones sobre el inciso 2° del artículo 430 del vigente Estatuto Procesal Penal, precepto que regula la situación actualmente.

EXÁMENES DE EXPLICACIONES Y ALEGACIONES

1. El funcionario juzgado, apuntalado en un importante ensayo de autor nacional sobre el tema, al igual que su defensor, sostienen que el

artículo 30 de la Constitución Política permite acudir al *hábeas corpus* sin cortapisa temporal alguna, de tal manera que la protección es viable en cualquier tiempo para quien se encuentre ilegalmente capturado, detenido, encarcelado o aun purgando pena más allá de la que mereciere. Es más, el profesional de la defensa acoge una expresión (otra vez aislada) de la sentencia de constitucionalidad C-010 de 1994, cuyo objeto de conocimiento fue la presunta inexequibilidad del artículo 431, numeral 1° del C. de P. P., para sostener que el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 15 de 1992 "... no es una excepción al principio fundamental del *hábeas corpus* sino es una complementariedad a la órbita de actuación y de funcionamiento de competencia de los jueces...".

La Corte Constitucional en el mencionado fallo, cuya ponencia correspondió al magistrado Fabio Morón Díaz, en realidad dijo lo siguiente:

"También es preciso advertir que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte que ahora se reitera, lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 15 de 1992 en relación con las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella, no se refiere a la acción de *Hábeas Corpus* sino a la órbita de actuación ordinaria de los jueces dentro de sus competencias legales y constitucionales y dentro de los límites de los recursos procesales; al respecto esta Corporación tuvo oportunidad de señalar que el ámbito natural de la acción *Hábeas Corpus* es aquella que queda por fuera de las disposiciones que regulan de modo permanente las actuaciones de los funcionarios judiciales dentro del desarrollo de las respectivas competencias...".

Y en el párrafo siguiente, que omite citar el defensor recurrente (como lo hace ver el Procurador), se aclara:

"En este sentido se destaca que la Corte, en sentencia C-301 de agosto 2 de 1993, advirtió que en estas condiciones no es admisible la existencia de vías paralelas para controvertir la privación de la libertad so pena de desquiciar inútilmente la función judicial; al respecto de este punto se señaló que 'En lo que atañe a las privaciones judiciales, el derecho al debido proceso, desarrollado a nivel normativo a través de la consagración de diversos recursos legales, asegura que la arbitrariedad judicial pueda ser eficazmente combatida y sojuzgada cuando ella se presente...'" (Subrayas fuera de texto).

2. Conviene resaltar que el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 15 de 1992 fue demandado de inconstitucionalidad porque restringía el ámbito del derecho fundamental del *hábeas corpus*, de conformidad con el artículo 30 de la Carta Fundamental, pues, según el demandante, la controversia de la legalidad de los mandatos judiciales de detención también debía articularse por medio de la acción de *hábeas corpus* y ante cualquier autoridad judicial. Pero en la mencionada sentencia de constitucionalidad C-301, además de lo ya transcrito, se reflexionó lo siguiente:

"La Corte advierte que la tesis del demandante tendría pleno asidero si a través del proceso y apelando a los recursos y acciones ordinarios previstos en la legislación, no fuere posible controvertir las órdenes de privación de la libertad dispuestas por la autoridad judicial respectiva y si, adicionalmente, estas acciones y recursos no pudieren ser resueltos de manera imparcial. Para desechar esta alternativa, basta observar que en el Código de Procedimiento Penal frente a cada decisión judicial de privación judicial de la libertad, puede plantearse un recurso cuya resolución se confía a la autoridad judicial superior como puede comprobarse en el siguiente cuadro...".

Caben en dicho cuadro, entre otros, los recursos contra la detención preventiva, la solicitud de excarcelación y revocación de la determinación cautelar en cualquier momento procesal, el control de legalidad de la medida de aseguramiento; la petición de excarcelación como consecuencia de la condena de ejecución condicional y el pedido de libertad condicional.

3. Se orienta el fallo de la Corte Constitucional al mantenimiento del sistema judicial y la debida armonía entre las instituciones de la Carta Magna, pues si al lado del derecho fundamental al *hábeas corpus* (art. 30 Const. Pol.) existe también el del debido proceso (arts. 28 y 29 idem), cuyo presupuesto es la existencia de una rama judicial organizada e independiente, que tiene como misión permanentemente la guarda de la libertad y la igualdad de las personas, entre otras garantías, no puede sostenerse una alternatividad entre dos acciones judiciales que recaen sobre el mismo bien jurídico de la libertad, siendo que una de ellas es brevísima y obviamente estaría dada para situaciones de urgencia no removibles por los medios ordinarios. En efecto, si toda reclamación de quien se encuentra privado de la libertad pudiera surtirse por la acción especial de *hábeas corpus*, que es externa al proceso necesariamente adelantado por autoridad judicial competente, entonces sobraría el ejercicio ordinario y también garantista de los mismos jueces, lo cual se traduce a la postre en una disputa de competencias no propiciada por la Constitución; hasta el punto de llegar a la situación crítica de la desordenada controversia funcional que finalmente conduce al caos en la administración de justicia en detrimento tanto del individuo cómo de la sociedad. De este modo, los razonamientos posteriores de la Corte Constitucional apuntan a preservar la integridad de la Constitución, el Estado-jurisdicción y la función judicial, de tal manera que declara como ámbito propio del juez de *hábeas corpus* "las privaciones no judiciales de la libertad".

A la luz de las anteriores consideraciones, la Corte no encontró razones para declarar inexequible el artículo 2° de la Ley 15 de 1992, norma que entonces quedó vigente en términos tan claros que, de acuerdo con las condiciones vividas por el juez acusado, era imposible desconocerla. Tampoco sería viable revivir el debate sobre su constitucionalidad, cuando

la decisión contiene efectos de cosa juzgada constitucional (art. 243), que es lo que plantean el juez acusado y su defensor al sugerir de nuevo incompatibilidades de aquella norma con el artículo 30 de la Cartal Fundamental.

4. Por la misma naturaleza jurídica de la regulación constitucional del *hábeas corpus*, que prevé una solución rápida de 36 horas, necesariamente se presuponen palmarias agresiones informales o situaciones de hecho, cuestiones tan simples o tan ostensiblemente arbitrarias que no exigen las complejas valoraciones de hechos y normas procesales, de orden objetivo y subjetivo, como aquellas que significan negarle legalidad o mérito a una medida de aseguramiento adoptada por la autoridad judicial. Es que en un término tan breve de horas no se puede aprehender la dimensión de toda una actuación procesal que se ha sujetado a un método durante días o meses.

5. Con el fin de que no se confundan nocivamente las esferas de acción y exigencia de los derechos fundamentales constitucionales (libertad, *hábeas corpus* y debido proceso), no puede quedar duda de que el fin del *hábeas corpus* es la tutela de la libertad en sentido material y no el debido proceso en sentido formal. Por ello, en caso de prolongación ilegal de la privación de la libertad, si se dicta una medida de detención antes de cualquier disposición sobre la protección especial, es necesario acudir primero a los mecanismos de solución y recursos propios del proceso que ya está en curso, tal como lo indica el inciso 2° del artículo 430 del C. P. P. De esta manera, la Corte Constitucional señaló claramente que una vez dictada la medida de aseguramiento de detención, sin que se haya dado el rito respectivo, ya no es procedente acudir al singular amparo sino a los recursos propios del proceso penal, que es lo determinante.

6. En relación con la norma últimamente citada, se pregunta quién se encuentra "legalmente privado de la libertad", pero la respuesta es obvia, según el momento procesal, al verificar si existe el mandato judicial que es fundamento de la captura o la medida de aseguramiento (C. P. P., arts. 380 y 387), órdenes que se presumen legalmente adoptadas mientras no se demuestre lo contrario. Y tal demostración de ilegalidad del mandato judicial, por la controversia que suscita, en general no es propia de una mera constatación rápida en el curso de una inspección judicial, sino de los remedios que prevé la dialéctica del proceso penal. Claro que constitucionalmente el *hábeas corpus* puede solicitarse por quien "creyere" estar ilegalmente privado de la libertad, pero son los jueces los encargados de darle cauce a la petición, según el momento procesal que se enfrente o la situación de hecho que se señale.

7. Si en toda controversia sobre la libertad personal se acude siempre al *hábeas corpus*, aunque se verifique la existencia antecedente de una medida de detención adoptada por la autoridad judicial competente, por

motivos previamente definidos en la ley y con las formalidades legales (art. 28 Const. Pol), se corre el riesgo de caer en una fatal petición de principio, pues se tendría por ilegal una privación de la libertad que por lo general se presume formalmente cumplida, mientras no se demuestre lo contrario dentro del respectivo proceso, porque el sumarísimo procedimiento de *hábeas corpus* no da oportunidad ni fundamento para ello.

8. Para concretar estos pensamientos en el caso, recuérdese que si a una persona no se le resuelve la situación jurídica dentro del término indicado en el artículo 387 del Código de Procedimiento Penal, la irregularidad consiste en mantenerla privada de la libertad sin la respectiva medida de aseguramiento. Pero una vez adoptada la detención, sin que medie provisión sobre el *hábeas corpus*, cesa la anomalía y se torna improcedente esa acción. Cuando se formuló la respectiva solicitud al señor Juez Ochenta y Ocho Penal Municipal, ya habían transcurrido casi dos meses de haberse dictado la orden judicial de detención, luego no se sabe cuál era el agravio a la libertad que permaneciá para esa fecha, razón por la cual el acto cuestionado no revela propósito distinto al de conceder caprichosamente una libertad, medida que afectó el correcto ejercicio de la justicia como administración pública.

9. Ahora bien, no se trata de que una eventual arbitrariedad del órgano judicial pueda "legalizarse" con la sola determinación de una medida de aseguramiento, sino que la remoción de la iniquidad, cuando antes de la decisión nada se había dispuesto sobre el *hábeas corpus*, ya no puede intentarse por esta vía sino al interior del respectivo proceso penal.

10. Así entonces, el auto del 3 de mayo de 1998, dictado por el Juez Ochenta y Ocho Penal Municipal de la ciudad para conceder el *hábeas corpus* a los detenidos Carlos Alberto Arias Giraldo y Jhon Francisco Cruz Romero, no sólo es abiertamente contrario a la ley (art. 430 C. P. P.) -tipicidad, sino que dicho comportamiento procesal vulnera el bien jurídico funcional de la administración pública, entendido como el correcto ejercicio de la administración de justicia, dado que se ha hecho una aplicación torcida del derecho en beneficio de personas que soportaban una detención legal y en perjuicio de la oportunidad del Estado o la sociedad para resolver o disminuir los conflictos sociales -antijuridicidad-. De igual manera, como lo sostiene el *a quo* y los sujetos procesales que lo acusan, la experiencia del procesado en el área penal, unida a su forma de actuar en el caso concreto, denotan una actitud eminentemente dolosa.

En efecto, el conocimiento de que existía una medida de detención judicial proferida dos meses antes, no sólo ajena a cualquier cuestionamiento sino confirmada en segunda instancia; la selección interesada de argumentos fuera de contexto en la sentencia T-46/93; el desconocimiento de que este fallo de tutela se refería a hechos sustancialmente

distintos a los examinados por él; la desestimación de las advertencias de la misma decisión sobre la necesidad de la precedencia de la solicitud de *hábeas corpus* en relación con la decisión judicial de detención; la falta de consideración deliberada de los argumentos expuestos por la Fiscalía de segunda instancia, a sabiendas de que se referían al mismo tema de la supuesta prolongación ilegal de la privación de la libertad y de que se iba a oponer a ellos y a su decisión; y la cita tangencial del determinante artículo 430 del Código de Procedimiento Penal; todos estos son elementos concretos que revelan claramente el actuar doloso, en la medida en que denotan el conocimiento de la ilicitud de lo que se hacía y la voluntad de realizarlo a pesar de ello –culpabilidad dolosa–.

11. Finalmente, en cuanto a la trascendencia en el ámbito penal de la exoneración dictada por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, no puede olvidarse que fenomenológicamente una misma conducta puede lesionar ordenamientos jurídicos diferentes. Si, como lo dice el artículo 2° de La Ley 200 de 1991 (Código Disciplinario Único), "la acción disciplinaria es independiente de la acción penal", no queda duda de que la jurisdicciones correspondientes funcionan autónomamente, lo cual es obvio porque en ambos casos se exige un distinto examen de adecuación frente a normas de contenido y alcance igualmente diferentes. Así mismo, mientras la infracción disciplinaria tutela el interés más genérico de la organización administrativa, en los delitos de responsabilidad (cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus cargos o funciones) se ampara la rectitud que la comunidad tiene derecho a exigir en el servicio que presta la administración pública, razón adicional para que no pueda aspirarse apriorísticamente a que el juez disciplinario y el penal lleguen a idénticas conclusiones sobre el mismo hecho (cuaderno 3, fs. 79-83).

Se confirmará entonces la sentencia impugnada, tanto por el juicio de responsabilidad que sitúa como por las consecuencias que deduce. En efecto, aunque no existe una inconformidad suficientemente motivada sobre las últimas, de acuerdo con el artículo 61 del Código Penal, el Tribunal intensifica la pena de 36 meses de prisión, mínimo previsto en el artículo 149 del Código Penal, en dos meses más, dada la concurrencia de la agravante prevista en el numeral 11 del artículo 66 del mismo estatuto, "porque se trata de un Juez de la República a quien la Rama Jurisdiccional le confió la más sagrada de las misiones y la de mayores responsabilidades presentes y futuras, cual es la de administrar justicia entre los hombres, situación de privilegio entre la sociedad, por lo cual tenía la obligación de velar por el orden jurídico y no deteriorarlo más ante los ojos del conglomerado social".

Las demás sanciones impuestas como principales y accesorias son fundadas, al igual que la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, y por ello también se avalará el fallo en este sentido.

Por 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:

Confirmar la sentencia impugnada, cuya fecha, origen y naturaleza se han indicado en la motivación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993 que se reclama, apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado a través de sus jueces se pronuncia sobre su responsabilidad penal. Por ello, proferida la sentencia de carácter condenatorio en la que se le determina la sanción a cumplir, cuando el funcionario judicial declara la improcedencia del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que ordenar el cumplimiento de aquélla, revocando según el caso, los beneficios de libertad provisional o de detención domiciliaria que se le haya otorgado al imputado, pues no de otra forma puede hacer efectiva la pena impuesta en el fallo.

Por último, debe agregarse que en el trámite del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede ocuparse de fondo respecto de peticiones como la aquí planteada, pues su competencia radica exclusivamente en desatar la impugnación, y atender peticiones relativas a la libertad provisional que consagra el numeral 2° del artículo 55 de la mencionada Ley 81 de 1993, ora por pena cumplida y, por último, para reconocer rebajas de pena para acreditar el cumplimiento del factor objetivo de la pena que se exige a quien pretende hacerse acreedor al beneficio administrativo de permiso de 72 horas a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 13200

Aprobado Acta No. 75.

El procesado Pedro Julio Arias Lizarazo quien se halla detenido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, solicita que se le conceda la detención domiciliaria con caución juratoria, por considerar que reúne los requisitos legales para ello, es decir, que el delito por el cual se le condenó tiene pena privativa de la libertad inferior a cinco años y que sus caracte-

rísticas laborales, familiares y vínculos con la sociedad, garantizan su comparecencia al proceso y que no coloca en peligro a la comunidad.

Consideraciones de la Corte

Dice el peticionario que su solicitud obedece a que la Fiscalía le concedió la libertad provisional y que posteriormente el Juez de primera instancia lo absolvió del delito de homicidio que se le imputó, siendo luego condenado por su superior jerárquico a la pena de cuarenta (40) meses de prisión, decisión que desconocía por no haber sido informado por su defensor, estando demostrado que siempre y en forma voluntaria compareció al proceso, de donde se desprende que es acreedor al beneficio que demanda.

Afirma que los centros de reclusión no son lugares de resocialización para el condenado, sino escuelas del crimen, lo que hace viable su pretensión pues, además, el hacinamiento de las cárceles impide que los internos puedan laborar de manera permanente, no obstante lo cual con un gran esfuerzo, se halla redimiendo pena en la sección de educativas.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia de fecha 21 de octubre de 1996, la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, revocó la absolución decretada por el Juez Penal del Circuito de El Cocuy (Boyacá) y en su lugar, lo condenó a la pena privativa de la libertad de tres (3) años y cuatro (4) meses de prisión, como coautor responsable del delito de homicidio voluntario, en estado de ira, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional y, por lo mismo, dispuso su captura, la que se materializó el 28 de enero del corriente año.

Ha sido constante y pacífico el criterio de esta Sala, de que al proferirse sentencia de condena negado el subrogado de la condena de ejecución condicional, implica la consecuente captura para que el procesado cumpla con la sanción impuesta, ya que por mandato del artículo 198, inciso primero del Código de Procedimiento Penal, dicha orden se impartirá de inmediato.

La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993 que se reclama, apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado a través de sus jueces se pronuncia sobre su responsabilidad penal. Por ello, proferida la sentencia de carácter condenatorio en la que se le determina la sanción a cumplir, cuando el funcionario judicial declara la improcedencia del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que ordenar el cumplimiento de aquélla, revocando según el caso, los beneficios de libertad provisional o de detención domiciliaria que se le haya otorgado al imputado, pues no de otra forma puede hacer efectiva la pena impuesta en el fallo.

Por último, debe agregarse que en el trámite del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede ocuparse de fondo respecto de peticiones

como la aquí planteada, pues su competencia radica exclusivamente en desatar la impugnación, y atender peticiones relativas a la libertad provisional que consagra el numeral 2° del artículo 55 de la mencionada Ley 81 de 1993, ora por pena cumplida y, por último, para reconocer rebajas de pena para acreditar el cumplimiento del factor objetivo de la pena que se exige a quien pretende hacerse acreedor al beneficio administrativo de permiso de 72 horas a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SE ABSTIENE de pronunciarse sobre la petición del procesado Pedro Julio Arias Lizarazo consistente en que se le conceda la detención domiciliaria.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda. Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTINCION DE LA PENA

1. De las varias formas de extinción de la pena previstas en nuestro ordenamiento, el artículo 71 del C. P. contiene aquélla según la cual la sanción queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine, cuando el beneficiario del subrogado penal de la condena de ejecución condicional no haya cometido, durante el período de prueba, un nuevo delito ni violado ninguna de las obligaciones impuestas en la sentencia.

2. Lo anterior tiene trascendencia solamente en cuanto se trata de la pena privativa de la libertad, que fue objeto de suspensión, no así cuando ha de hacerse referencia a la de interdicción de derechos y funciones públicas que se ejecutó materialmente.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 5444

Aprobado: Acta No. 70 (14-05-98)

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre las peticiones de extinción de la pena y rehabilitación de derechos y funciones públicas formuladas por el aforado Dr. Pablo Emilio Díaz Bernal.

ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia proferida el 11 de junio de 1992, esta Sala condenó al Dr. Pablo Emilio Díaz Bernal, exmagistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, a la pena principal de trece (13) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como responsable del delito de prevaricato por omisión.

Se dispuso, sin indicarse el lapso del período de prueba, la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, y a la vez el cumplimiento de la interdicción de derechos y funciones públicas.

2. En julio 7 de 1992 el sentenciado suscribió diligencia en que se comprometió a cumplir las obligaciones contenidas en el artículo 69 del Código Penal y entre éstas, presentarse cada 30 días.

Garantizó su compromiso con la misma caución prendaria que constituyó por efectos del beneficio de libertad del que gozó durante el proceso.

3. Por considerar que cumplió las presentaciones periódicas que se le impusieron y que, desde la fecha de la sentencia, ha transcurrido un lapso superior a cinco años, el Dr. Pablo Emilio Díaz Bernal solicita a la Corte se decrete la extinción de la pena y se disponga la rehabilitación de derechos y funciones públicas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De las varias formas de extinción de la pena previstas en nuestro ordenamiento, el artículo 71 del C. P. contiene aquélla según la cual la sanción queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine, cuando el beneficiario del subrogado penal de la condena de ejecución condicional no haya cometido, durante el período de prueba, un nuevo delito ni violado ninguna de las obligaciones impuestas en la sentencia.

2. Lo anterior tiene trascendencia solamente en cuanto se trata de la pena privativa de la libertad, que fue objeto de suspensión, no así cuando ha de hacerse referencia a la de interdicción de derechos y funciones públicas que se ejecutó materialmente.

3. No hay en el proceso constancia o evidencia alguna de que durante el período de prueba, que en este caso ha de entenderse el mínimo legal ante el silencio en su señalamiento, el sentenciado hubiera incurrido en nuevo delito o violado alguna de las obligaciones que se le impusieron.

Por tanto, y en respuesta a la primera petición que origina este pronunciamiento, resulta, entonces, que la pena privativa de libertad impuesta al Dr. Emilio Díaz Bernal se ha extinguido y así se declarará con las consecuencias que ello apareja y que se advierten en el artículo 521 del Código de Procedimiento Penal.

4. En cuanto hace a la petición de rehabilitación de derechos y funciones públicas, cuya interdicción se hizo efectiva, la situación no puede, por esto mismo, plantearse en iguales términos.

En efecto, ha sido tesis de la Corte, expresada en decisión de febrero 24 de 1994 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, reiterada en febrero 12 del año en curso con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, que, decretado el cumplimiento efectivo de la interdicción en la sentencia, la rehabilitación opera *ipso iure* de acuerdo con las previsiones del artículo 71 del Código Electoral –Decreto 2241 de 1986–, cuyo trámite involucra expresamente al Registrador Municipal del domicilio del sentenciado, con exclusión

del funcionario o funcionarios que intervinieron en la imposición de la condena, lo cual implica que ningún pronunciamiento concierne a la Sala en ese segundo aspecto, que difiere, por lo demás, de la solicitud de rehabilitación normada en el artículo 92 del Código Penal, y desarrollada por el artículo 526 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

1. Declarar extinguida la pena privativa de libertad que se impuso al Dr. Pablo Emilio Díaz Bernal, mediante sentencia de junio 11 de 1992.

2. Cancelar en favor del Dr. Pablo Emilio Díaz Bernal la caución prendaria que prestó para gozar del subrogado penal.

3. Comunicar esta decisión a las mismas autoridades a quienes se comunicó la sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO-Prevaricato

Aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de la autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva, sin que sea posible intercambiar ni su adecuación típica ni la pena indistintamente, que de tal forma carecería de razón una codificación sancionatoria.

Si la conducta desplegada por el funcionario —como en este caso— encuentra pleno acomodo dentro de la figura del prevaricato, es por tal delito que debe producirse el llamamiento a juicio, toda vez que la figura del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto deja porciones de la actividad funcional sin reproche de ninguna naturaleza, a más de que este último delito solamente es aplicable 'fuera de los casos especialmente previstos como delito', según se consignó literalmente en el artículo 152 del Código Penal" (Sent. de junio 12 de 1990, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Tesis éstas, que bien puede afirmarse, permanecen inmodificadas, si se tiene en cuenta que en reciente fallo, dijo la Sala:

"En el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en el asesoramiento y en otras actuaciones ilegales y en el abuso de función pública, es requisito para su comisión que la gestión indebida del servidor público constituya un acto de abuso de sus propias atribuciones o de usurpación de otras que no le corresponden" (Sent. de octubre 28 de 1997, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14171

Aprobado Acta No. 75 (26-05-98)

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la viabilidad del recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor de Henry Giovany Toro Morales, contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 1997 por el Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual se condenó a dicho procesado a las penas principales de multa de mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por seis meses, como autor del delito de abuso de autoridad.

HECHOS

Ajustándose a lo probado, así los resumió el Tribunal:

"Mediante contrato verbal, Henry Giovanny Toro Morales vendió a Hugo Hernando Rosero Patiño una motocicleta marca Honda, de motor PC 17E2008080, chasis JH2PC170GM000682, color negro, modelo 1991, de nacionalidad ecuatoriana, en la cantidad de la cantidad de tres millones de pesos ($3'000.000,oo), de los cuales entregó cuatrocientos mil pesos ($400.000,oo), comprometiéndose a cancelar el saldo en dos pagos y en un tiempo máximo de treinta días.

Vencido el plazo y ante el incumplimiento del contrato, Toro Morales se dedicó a buscar a su deudor sin encontrarlo; el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y seis se percató que la motocicleta se encontraba en poder de Fernando Sánchez Domes, quien la había recibido de Claudio Arturo D'Vries para su venta, y después de exigir los papeles de la misma e identificarse como miembro activo del DAS, dijo que tal automotor lo había vendido, y como no le cancelaron el saldo procedió a decomisarla llevándola hasta las instalaciones del DAS en donde, valiéndose de uno de sus compañeros, entregó el acta de decomiso que había sido exigida por el poseedor del automotor.

Como la incautación se efectuó sin mediar orden de autoridad competente, por lo cual se consideró existía Abuso de Autoridad, se adelantó la investigación correspondiente que terminó con resolución acusatoria en contra del precitado...".

ANTECEDENTES

Con base en la denuncia formulada por Claudio Efraín Arturo D'Vries y fotocopia del acta de decomiso de la motocicleta marca Honda, de placas ZGA 9218, del contrato de compraventa suscrito entre Hugo Fernando Romero y Carlos Arturo D'vries, la Fiscalía No. 11 de la Unidad Especial de delitos contra la administración pública profirió resolución de apertura de la investigación el 6 de septiembre de 1996, vinculando mediante indagatoria a Toro Morales, a quien el 14 de noviembre de 1996 se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente

en conminación por el delito de abuso de autoridad; decisión que una vez apelada por el defensor del procesado recibió confirmación de las Fiscalías Delegadas ante el Tribunal de Pasto el 30 de diciembre de 1996.

Perfeccionada la investigación, el 7 de enero de 1997 se declaró cerrada y el siguiente 3 de febrero se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Henry Giovanny Toro Morales por el delito de abuso de autoridad, decisión que al ser apelada por el defensor, el 3 de abril de 1997, recibió confirmación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto.

En la etapa del juicio se decretaron y practicaron algunas pruebas solicitadas por la defensa, luego de lo cual se llevó a cabo la audiencia pública, profiriéndose sentencia condenatoria el 21 de octubre de 1997, fallo que al ser recurrido por la defensa fue confirmado por el Tribunal superior de Pasto en los términos precedentemente expuestos.

El Recurso

Sustenta el impugnante la procedencia de este recurso excepcional en la interpretación de uno de los elementos normativos del tipo de abuso de autoridad, esto es, en la expresión "con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas", pues afirma, que como lo sostuvo en las instancias, si bien el procesado "en su condición de servidor público, realizó un acto arbitrario, no lo hizo en ejercicio de sus funciones ni excediéndose en el ejercicio de ellas", pues Giovanny Toro aceptó realizar un acto indebido que no se relacionaba con sus funciones de investigador del DAS..

Explica entonces, cómo en el delito por el que se condenó al procesado, al igual que en otros como los de concusión y enriquecimiento ilícito, se requiere como elemento de la tipicidad el que se cometan abusando de las funciones o por razón del cargo respectivamente, lo cual, dice, "no es caprichoso y lo sabemos, tiene su razón de ser, de lo contrario, el legislador hubiese incluido en todos los punibles de esta naturaleza –los cometidos por servidores públicos–: la protección también para los actos ilegales que se realicen en ejercicio del cargo".

Al respecto, dice, que la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a lo que debe entenderse por ejercicio del cargo y la diferencia existente entre éste y el abuso de la función, en decisión del 8 de mayo de 1996, con ponencia del Dr. Fernando Arboleda Ripoll en un asunto sobre un delito de concusión, afirmando que ese punible se cometía tanto por abuso del cargo como de la función. No obstante, agrega que se hace necesario "deslindar y explicar para evitar equivocaciones como la del caso que nos ocupa y así impedir que salgan a la vida jurídica sentencias injustas, con las dificultades propias de acudir en casación, porque en figuras como la del abuso de autoridad no se está protegiendo el abuso del cargo, que como ya lo sabemos es diferente al abuso de la función".

Pasa, así, de inmediato a aclarar, que en el primer evento —abuso del cargo— lo que se pretende es que el servidor público no se valga de esa condición o del poder que ella le otorga para ejecutar actos no permitidos, o que no le competen y, en el segundo caso -abuso de la función— se tipifica el delito cuando el agente obra dentro de la órbita funcional de competencia.

Al referirse al contenido y alcance del artículo 152 del C.P. que tipifica el delito de abuso de autoridad, enfatiza en que este tipo penal solamente hace relación al abuso de la función o al exceso en su ejercicio para cometer acto arbitrario o injusto, agregando de inmediato que, "de entender que con este delito se protege el abuso del cargo, todo acto arbitrario que realice un servidor público por fuera de sus funciones, se entenderá que constituye abuso de autoridad, lo cual resulta verdaderamente peligroso", pues la norma, insiste, no hace relación al abuso del cargo.

Por ello, reitera, que si bien en la conducta realizada por el procesado, se podría afirmar que cometió un acto arbitrario, puesto que al identificarse como miembro del DAS abusó de su cargo, ello no implica que su comportamiento se adecue al delito de abuso de autoridad, "sino muy posiblemente la hoy contravención, ejercicio arbitrario de las propias razones".

Por tanto, concluye el recurrente, es necesario el desarrollo de la jurisprudencia para que se establezca el contenido de tales elementos normativos a fin de que en esta clase de punibles se haga un encuadramiento correcto de su tipicidad.

CONSIDERACIONES

1°. Por tratarse de una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal por un delito cuya pena no es de prisión, procede en este caso la casación excepcional, tal y como la interpusiera el defensor del procesado Giovanny Toro Morales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 218 del C.P.P.

2°. De manera ambigua sustenta el recurrente la procedencia de esta especial impugnación extraordinaria, ya que aunque parte del supuesto de la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sobre el elemento normativo del tipo contenido en el artículo 152 del C.P., en cuanto hace relación a que el hecho se cometa "con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas", sustenta su afirmación en jurisprudencia de la Sala, lo cual, de suyo, le resta seriedad a sus argumentaciones.

3°. Ahora bien, es evidente que la pretendida justificación que hace el recurrente sobre la procedencia de la casación por esta vía excepcional, radica fundamentalmente en una discrepancia de sus apreciaciones personales frente a aquellos que fueron objeto de valoración e interpretación por el Juez no sólo frente a la norma que recogía a satisfacción los hechos materia de investigación, sino el supuesto fáctico mismo.

En efecto, centra el recurrente su alegación en el cuestionamiento sobre si el alcance del elemento normativo del tipo en lo que se refiere a la expresión con ocasión o excediéndose de las funciones, involucra también los actos arbitrarios o injustos que realice el servidor público aprovechándose del poder que el cargo le confiere, pues, en su criterio, esto último no se protege con el delito previsto en el artículo 152 *ibidem*, ya que, de lo contrario, esto es, entender que cualquier acto arbitrario realizado por fuera de las funciones encuentra adecuación típica en el abuso de autoridad, es algo que califica de "verdaderamente peligroso", como sucede en el caso presente en donde si bien el procesado cometió un acto arbitrario, lo fue por fuera del ejercicio de sus funciones, dejando así en claro que su inconformidad no radica en la hermenéutica del fallador sobre los elementos integradores del tipo objetivo, sino con la valoración probatoria de la sentencia, en tanto que, para el Tribunal, ninguna duda existe en el sentido de que el procesado cometió el hecho encontrándose en ejercicio de sus funciones, pues al respecto en la sentencia se lee lo siguiente:

"En efecto, es el propio acusado quien en su indagatoria da luces sobre este aspecto, dice que aquél día en que encontró la motocicleta que ya había negociado con el señor Hugo Hernando Rosero Patiño, pero cuyo valor en gran parte, aún no le había cancelado, se encontraba 'buscando unas direcciones de unas capturas', si sus funciones como funcionario del Departamento Administrativo de Seguridad- DAS eran, entre otras, las de hacer efectivas las capturas que las autoridades judiciales emiten, no ve la Sala dificultad alguna para arribar a la conclusión de que en ese momento, se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones.

No tiene cabida entonces, la amplia y esforzada alegación del señor defensor al decir que el funcionario se encontraba fuera de ellas, como sucede cuando se está de vacaciones, o en horas no laborables, o con permiso etc. La verdad es que se encontraba en pleno ejercicio de ellas, y no es dable distorsionar los hechos para ajustarlos a una tesis que tiene fundamento, pero que, en este caso se aleja ostensiblemente de la verdad real".

4°. No es posible por esta vía una tal alegación, pues aparte de que los fallos por delitos respecto de los cuales no procede el recurso de casación de acuerdo con las postulados del inciso primero del artículo 218 del C.P.P., al igual que los demás, están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, es claro que la excepcionalidad sobre la procedencia de este recurso para tales punibles tiene una clara y específica finalidad, que no es otra que aquella que se concreta en la necesidad de desarrollar la jurisprudencia o para garantizar los derechos fundamentales, pues de no ser así, carecería de sentido la excepción establecida en la misma ley y no habría tampoco razón de ser respecto de la discrecionalidad que para tales eventos se le confiere a la Corte para la concesión del recurso, pues no puede perderse de vista que si algo justifica ese procedimiento y ese tratamiento diferenciado frente a la casación ordinaria, es la posibilidad de que

esta Corporación valore cada caso concreto y las razones expuestas por el impugnante para que, a partir de allí, establezca la necesidad de darle cabida a la impugnación a fin de que, de presentarse una adecuada demanda pueda acometer el estudio de fondo sobre el específico tema, por cuya finalidad se concedió el recurso.

5°. En estas condiciones, bien puede afirmarse que, si bien en este caso, en principio procede el recurso de casación de manera excepcional, atendida la naturaleza del fallo —de segunda instancia—, la sanción correspondiente al delito —multa e interdicción de derechos y funciones públicas—, la oportunidad de su interposición y el interés para recurrir, la sustentación del mismo no se compadece con las especiales exigencias que establece la ley para su concesión.

6°. De otra parte, como se mencionara en precedencia y ya dentro del plano eminentemente jurídico, debe la Sala precisar que el tema planteado por el recurrente no amerita desarrollo jurisprudencial alguno, ni mucho menos presenta oscuridad hermenéutica, pues la jurisprudencia de la Sala, demuestra con suficiencia cuál es el contenido y alcance de la descripción típica del artículo 152 del C.P., que en cuanto subsidiario que es frente a los otros correspondientes a los descritos dentro del Título III del C.P., esto es, aquellos que atentan contra la administración pública, recoge todas aquellos desvíos de poder en que pueden incurrir los servidores públicos, bien en razón del cargo o de sus funciones.

7°. En este sentido, y sólo a manera de ejemplo, vale la pena recordar un pronunciamiento jurisprudencial, que si bien fue proferido en vigencia en el Código Penal de 1936, resulta pertinente su cita, por la identidad descriptiva de dicho delito frente al C.P. de 1980. Dijo entonces la Corte:

"En el Estatuto Penal Colombiano existen normas que prevén y sancionan los hechos ilícitos ejecutados por funcionarios públicos con abuso de su función o de su cargo. Así por ejemplo, el artículo 171 del Código Penal define y sanciona el llamado 'Abuso de Autoridad' que hace consistir en el actuar del funcionario o empleado público 'que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad'. Se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, que ésta es una disposición de naturaleza general y complementaria dirigida a reprimir todos aquellos abusos cometidos por funcionarios públicos contra los derechos de otros y que no han sido contemplados en una especial disposición legal. Que, como quiera que no todos los funcionarios públicos han sido especialmente previstos reprimidos a través de las normas del Código Penal, era justo y conveniente, para evitar lagunas, que una norma general lo previera encerrando en una de carácter general como la referida, todas las posibles contingencias de abusos innominados de autoridad, que de todos modos ofenden el buen nom-

bre y el prestigio de la administración pública, colocándola por ello, en el Título correspondiente del Estatuto Penal, que busca fundamentalmente la tutela del interés relativo a que las funciones públicas de que están investidos los funcionarios públicos, no sean usadas por ellos para cometer hechos ilegítimos dirigidos a causar un daño a otros" (Sent. de abril 2 de 1.976. M.P. Jesús Bernal Pinzón).

Más adelante, ya en vigencia del Decreto 100 de 1980, sobre el mismo delito sostuvo lo siguiente:

"Debióse ese error a la dificultad que existe para establecer un alinderamiento preciso entre los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y abuso de funciones por lo que dice relación a la índole de éstas.

En los tres delitos el sujeto activo es un funcionario público aunque de la usurpación puede serlo también un particular.

En los tres el agente obra en forma funcional, vale decir por medio de actos relacionados con una función pública, o sea que en todos ellos el agente actúa en desempeño real o fingido de una atribución funcional y no como simple particular.

La diferencia fundamental entre los tres delitos puede señalarse diciendo que mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, ese acto es ilegal, no importa quién lo ejecute.

La que existe en estos dos últimos ilícitos y la usurpación estriba en que mientras en ésta, como queda dicho se está ejerciendo una función que no le compete al agente, en aquéllos éste obra dentro de su función, pero abusando de ellas.

Porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que ésta señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido.

'Para abusar, ha dicho un autor, debe tenerse el derecho de usar. Si falta el poder no se puede hablar de abuso. Se tiene entonces, usurpación' (Riccio Idelitti contra la publica amministrazione, pg. 394).

De otro lado, la diferencia entre abuso de autoridad y el prevaricato, fuera de ser el primero el género y el segundo la especie, o, dicho de otro modo, existir el primero cuando no puede decirse existente el segundo, es más cuantitativa que cualitativa" (Sent. de abril 22 de 1982, M.P., Dr. Luis Enrique Romero Soto).

Y posteriormente, afirmó:

"El Código penal, al recoger las conductas que se han considerado dignas de reproche y por tanto sancionables, ha establecido una serie de

bienes jurídicos necesitados de protección, y dentro de las varias tipificaciones que tocan con ellos, ha reglado también diversos rangos punitivos, otorgando a cada conducta un grado especial de sanción y unos elementos para su configuración.

Esta estructura, que no es en modo alguno caprichosa, es de carácter general y obligatorio cumplimiento. Así aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de la autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva, sin que sea posible intercambiar ni su adecuación típica ni la pena indistintamente, que de tal forma carecería de razón una codificación sancionatoria.

Si la conducta desplegada por el funcionario —como en este caso encuentra pleno acomodo dentro de la figura del prevaricato, es por tal delito que debe producirse el llamamiento a juicio, toda vez que la figura del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto deja porciones de la actividad funcional sin reproche de ninguna naturaleza, a más de que este último delito solamente es aplicable 'fuera de los casos especialmente previstos como delito', según se consignó literalmente en el artículo 152 del Código Penal" (Sent. de junio 12 de 1990, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Tesis éstas, que bien puede afirmarse, permanecen inmodificadas, si se tiene en cuenta que en reciente fallo, dijo la Sala:

"En el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en el asesoramiento y en otras actuaciones ilegales y en el abuso de función pública, es requisito para su comisión que la gestión indebida del servidor público constituya un acto de abuso de sus propias atribuciones o de usurpación de otras que no le corresponden" (Sent. de octubre 28 de 1997, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

8°. En estas condiciones, es claro entonces que habiendo fallado el Tribunal de Pasto en acatamiento de la jurisprudencia sobre el tema, no se evidencia necesidad alguna de las aclaraciones en que justifica el impugnante este excepcional recurso, por lo que habrá de negarse su concesión.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-.

RESUELVE:

Negar el recurso extraordinario de casación interpuesto de manera excepcional por el defensor del procesado Giovanny Toro Morales.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO

Según reiterado criterio jurisprudencial, el planteamiento de errores en la apreciación probatoria que hayan dado origen a la violación indirecta de la ley sustancial, segunda modalidad de la causal primera de casación, implica demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien que se trate de un error de hecho, como cuando se ignora o se supone la prueba (falso juicio de existencia), o se tergiversa o distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); o que se ubique en el error de derecho, que será posible frente a un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la práctica o incorporación de la prueba, toda vez que el falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente al haber desaparecido de la sistemática procesal colombiana la tarifa legal.

Las especies de error de hecho, a pesar de pertenecer a un mismo género, son esencialmente distintas, dado que no es lo mismo que una prueba sea ignorada o imaginada, a que haya sido tergiversada, o apreciada con desconocimiento de los criterios reconocidos por la lógica, la experiencia o la ciencia.

Por lo anterior, es pertinente que al plantear el cargo, el recurrente indique con claridad en cuál de tales yerros incurrió el sentenciador, no siendo permitido alegar a un mismo tiempo y respecto de la misma prueba más de una modalidad, por cuanto el planteamiento resultaría equívoco.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 10902

Aprobado Acta No. 76

ASUNTO

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Jhon Jairo Lancheros Molina, contra la senten-

cia de fecha 20 de abril de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Penal, modificó la dictada por el Juzgado 8° Penal del Circuito de aquella ciudad, en el sentido de absolverlo por el delito de falsedad material de particular en documento público, confirmando la condena por uso de documento público falso y fijándole pena principal de 17 meses de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Hechos y Actuación Procesal

1° El 25 de mayo de 1989, Jhon Jairo Lancheros Molina, se presentó a la Droguería Moderna de la ciudad de Ibagué con una fórmula médica elaborada en formato de la División de Servicios Médicos del Ministerio de Obras Públicas y Transportes a nombre de Gustavo Restrepo, y reclamó algunas medicinas por valor de $18.891.oo. Al día siguiente volvió con otra fórmula a nombre de Alberto Díaz, y pretendió reclamar medicamentos por la suma de $27.715.oo, pero el administrador, César Augusto Arcila Vásquez, la retuvo para confirmarla con el Ministerio de Obras Públicas —Distrito Número 17 de aquella ciudad—, estableciéndose que este documento y el anterior son falsos, no sólo en cuanto a la orden de salida sino en lo que tiene que ver con la firma de los médicos y del Jefe de Farmacia.

2° Por los anteriores hechos, el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Ibagué vinculó a través de indagatoria a Jhon Jairo Lancheros Molina, contra la senten, hijo de Israel Lancheros trabajador del Distrito 17 del Ministerio de Obras Públicas de aquella ciudad, a quien la Fiscalía Dieciocho de Patrimonio Económico por resolución de 15 de enero de 1993, resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva con derecho a excarcelación por los delitos, en concurso, de falsedad de particular en documento público y uso de documento público falso (fs. 138 a 150).

Decretado el cierre de investigación, el 22 de julio del citado año la Fiscalía dictó resolución de acusación contra el implicado por el mencionado concurso de delitos, providencia que no fue recurrida (fs. 181 a 196).

3° El Juzgado 8° Penal del Circuito de Ibagué, el 24 de agosto de 1994, condenó a Lancheros Molina a la pena de 20 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, además de la indemnización de los perjuicios causados en la suma de $79.463.oo a favor del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como "autor del hecho punible de uso de documento público falso", a pesar de considerar que "todo apunta a señalar al procesado como el creador de los documentos públicos falsos quien igualmente los usó". Reconoció el subrogado de la condena de ejecución condicional (fs. 323 a 337).

Esta providencia fue recurrida por el procesado y por su defensor, siendo sustentada la alzada por este último.

4° El Tribunal Superior de Ibagué, Sala Penal, en fallo de 20 de abril de 1995, advierte el error en que incurrió el *a quo*, que no obstante considerar que el implicado es el autor de los documentos espurios y que él mismo los usó, terminó determinando la pena con base en la establecida en el inciso 1° del artículo 222 del Código Penal; el ad quem absolvió a Lancheros Molina por la imputación que se le hiciera en la resolución de acusación en lo que tiene que ver con el concurso de los delitos de falsedad material de particular en documento público, al considerar que no existen elementos de juicio que lleven a la certeza de que el procesado sea el autor de la falsedad en los documentos, de manera que debe responder únicamente por el uso. Por tanto, compartió el juicio de responsabilidad hecho por el *a quo* en relación únicamente con esta infracción, y fijó las penas principal y accesoria inicialmente indicadas (fs. 3 a 12 cd. Tribunal).

La Demanda

El defensor del procesado, al amparo de la causal primera cuerpo segundo de casación, presenta un único cargo contra la sentencia de segundo grado, por cuanto considera que se incurrió en violación "de una norma de derecho sustancial de modo indirecto, por error de hecho, por falso juicio de existencia, al suponer que existió la prueba de un hecho que no obra en el proceso" (f. 38 cd. Tribunal).

Al desarrollar el reparo, sostiene el recurrente que el *ad quem* para imponer pena a su representado por el delito de uso de documento público falso, incurrió en error al "falsear el contenido de las declaraciones de Mercedes Pabón Rodríguez y Augusto Arcila Vásquez", toda vez que supuso que el implicado tenía conocimiento de la falsedad de los documentos que usaba, deducción que no podía hacer por cuanto estos declarantes "NADA DICEN EN RELACION CON EL PUNTO CONCRETO DE QUE JHON JAIRO LANCHEROS MOLINA SUPIERA O TUVIERA CONOCIMIENTO DE QUE LA FORMULA POR EL PRESENTADA A LA DROGUERIA FUERA FALSA EN SU FIRMA" (f. 44 *ib.*)

Dice que la "suposición" a que llegó el juzgador en lo que tiene que ver con el conocimiento que el implicado tenía sobre la falsedad del documento que usó, en su opinión se desvirtúa con la confesión calificada rendida por el incriminado Lancheros Molina al aseverar que "presentó el documento porque una persona le solicitó el favor de reclamarle los medicamentos, pero que sólo vino a enterarse de que la firma no correspondía" con posterioridad a su entrega en la farmacia. Estima que la "suposición" a que llegaron los falladores de instancia en este punto, la desmienten las declaraciones de Alberto Díaz Suárez, Hernando Oviedo Albarracín, Zoilo García Ortega, Gabriel García, César Augusto Arango Jiménez, Plubio Lised Acosta Pérez, Cenen Bermúdez Cano, Oswaldo Rojas Cruz, Israel Lancheros, Alba Rocío Cruz Cruz, José Sanín Oviedo Barreto, José David Cabezas Cruz, Beatriz Rincón Molina, "quienes corroboran la versión del procesa-

do, al declarar, unos de la persecusión sindical, otros de que nadie más tenía acceso a los sellos y formularios', planteamiento que lo lleva a sostener que el acusado "sólo vino a tener conocimiento de que el documento por él presentado era falso con posterioridad a que él lo entregara en la droguería Moderna para reclamar los medicamentos" (fs. 45 y 46 *ib.*).

Pide en consecuencia que se case la sentencia recurrida, para en su lugar "Absolver al procesado Jhon Jairo Lancheros Molina, restableciendo así el orden jurídico abruptamente quebrantado por la sentencia del Tribunal" (fs. 49 y 50 *ib.*).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se refiere, en primer lugar, al error de técnica que presenta la demanda, por cuanto el recurrente atribuye al sentenciador un falso juicio de existencia, pero toda la argumentación la dirige a demostrar un falso juicio de identidad, por la apreciación equivocada de algunas de las pruebas allegadas.

Precisa que la impugnación queda reducida a las declaraciones de Mercedes Pabón Rodríguez y César Augusto Arcila Vásquez, respecto de cuya apreciación el recurrente no logra acreditar distorsión alguna, toda vez que estos declarantes nada afirman en cuanto al conocimiento que tenía Lancheros Molina sobre la falsedad de las fórmulas, pues laboraban en la Droguería Moderna y lo que sostienen es la presencia del sindicado en el establecimiento de comercio para reclamar medicamentos dos días seguidos, al cabo de los cuales se advirtió que los documentos por él presentados ofrecían características que hicieron sospechar sobre su autenticidad, hecho indicador debidamente establecido que permitió al fallador concluir que el implicado sí tenía conocimiento de la falsedad, pues a ello conduce su sucesiva presentación, la imposibilidad de identificar al supuesto trabajador del Distrito de Obras Públicas que le pidió el favor de reclamar las medicinas, y "la insistencia con la que pidió el primer día ser despachado con rapidez aprovechando la congestión de público en la farmacia, así como el hecho de ser beneficiario del servicio médico oficial que autorizaba la entrega" (f. 9 del concepto).

En lo que tiene que ver con la versión del implicado, la Delegada es del criterio que hubiese adquirido credibilidad, de no demostrarse que se presentó "el día anterior a reclamar medicamentos con una orden, también falsa; no hubiera presionado a la dependiente para su veloz despacho; no fuera beneficiario del servicio médico y hubiera identificado al presunto trabajador que lo envió con la segunda de las fórmulas".

Pide entonces desestimar la demanda por los errores que ofrece, y no casar la sentencia por cuanto no existe error en la apreciación probatoria realizada por el Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tiene razón el Ministerio Público en la crítica que efectúa a la demanda, en cuanto de su lectura se hace ostensible que el recurrente no desarrolla el enunciado error de hecho por falso juicio de existencia propuesto como "CARGO UNICO", sino que en su lugar la alegación varía a otras controversias que apenas quedan enunciadas y que de modo general apuntan a cuestionar la valoración efectuada por el sentenciador sobre unos medios de comprobación, con base en lo cual reprocha la supuesta tergiversación de la prueba, mas no su suposición.

No tuvo en cuenta el recurrente que, según reiterado criterio jurisprudencial, el planteamiento de errores en la apreciación probatoria que hayan dado origen a la violación indirecta de la ley sustancial, segunda modalidad de la causal primera de casación, implica demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien que se trate de un error de hecho, como cuando se ignora o se supone la prueba (falso juicio de existencia), o se tergiversa o distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); o que se ubique en el error de derecho, que será posible frente a un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la práctica o incorporación de la prueba, toda vez que el falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente al haber desaparecido de la sistemática procesal colombiana la tarifa legal.

Las especies de error de hecho, a pesar de pertenecer a un mismo género, son esencialmente distintas, dado que no es lo mismo que una prueba sea ignorada o imaginada; a que haya sido tergiversada, o apreciada con desconocimiento de los criterios reconocidos por la lógica, la experiencia o la ciencia.

Por lo anterior, es pertinente que al plantear el cargo, el recurrente indique con claridad en cuál de tales yerros incurrió el sentenciador, no siendo permitido alegar a un mismo tiempo y respecto de la misma prueba más de una modalidad, por cuanto el planteamiento resultaría equívoco.

Como quedó anotado en el resumen de la demanda, el impugnante en lo que tiene que ver con dos grupos de declarantes, el primero constituido por Mercédes Pabón Rodríquez y César Augusto Arcila Vásquez, y el segundo por Alberto Díaz Suárez, Hernando Oviedo Albarracín, Zoilo García Ortega, Gabriel García, César Augusto Arango Jiménez, Plubio Lised Acosta Pérez, Ceneri Bermúdez Cano, Oswaldo Rojas Cruz, Israel Lancheros, Alba Rocío Cruz Cruz, José Sanín Oviedo Barreto, José David Cabezas Cruz, Beatriz Rincon Molina,, y la "confesión calificada" del procesado, denuncia que los primeros fueron ignorados, pero al mismo tiempo predica haberse tergiversado su contenido, dando a entender que estas dos clases de error confluyeron, cuando la realidad es que se excluyen entre sí, con lo cual el planteamiento terminia siendo contradictorio.

Adicionalmente a estas falencias técnicas, la Corte observa que los reparos de apreciación probatoria que la demanda contiene resultan infundados, sea cual fuere la modalidad de error de hecho dentro de la cual se analicen. En efecto, el fallador tomó en cuenta que Mercédes Pabón Rodríquez y César Augusto Arcila Vásquez, empleados de la Droguería Moderna, declaran la presencia del implicado en el establecimiento de comercio, en dos días seguidos, para reclamar medicamentos con sendas fórmulas, que eran falsas. Este hecho indicador, sumado a la imposibilidad del acusado de identificar al supuesto trabajador del Distrito de Obras Públicas que le pidió el favor de reclamar las medicinas, la insistencia en la reclamación del primer despacho aprovechando la congestión de público en la farmacia y la solicitud de que los documentos no fueran presentados en la entidad estatal, con el fin de evitar perjuicios, constituyen el conjunto de circunstancias que llevaron a los juzgadores a deducir que sí tenía conocimiento sobre la falsedad de las fórmulas médicas, conclusión que no descansa en las manifestaciones de esos dos declarantes, quienes nada afirman sobre el punto, en tanto el hecho indicado (consciencia sobre la falsedad) provino del juicio crítico efectuado en conjunto sobre los medios de convicción existentes.

En lo que tiene que ver con el segundo grupo de declarantes, la demanda se limita a la simple mención con cita del folio correspondiente, y a indicar que éstos "corroboran la versión del procesado", en cuanto unos se refieren a controversias sindicales, otros al acceso de los empleados del Distrito de Obras Públicas a los formularios y los sellos, a sus actividades y a las contadas veces que concurría a tales instalaciones; pero no identifica la clase de error y menos demuestra la trascendencia del mismo, con repercusión en el fallo.

Pruebas que al igual que la versión del implicado sí fueron valoradas, pero no en el sentido esperado por la defensa. En corroboración de lo anterior, suficiente acudir al siguiente pasaje del fallo de primer grado, avalado por el *ad quem*:

"Pero la versión exculpatoria que ofreció el procesado demuestra incluso su equivocada creencia de que mintiendo y presentando hechos irreales, existentes sólo en su imaginación, conseguiría salir airoso de la delictual situación que había creado. Es así que ante la prueba tanto testimonial como indiciaria que lo señalaba como el autor del desaguisado, manifestó que luego de asistir a una sesión de terapia respiratoria, en el distrito de obras, se le acercó un individuo con indumentaria propia de quienes laboran en el renglón de la mecánica automotriz y le pidió el favor de reclamarle una fórmula dado que a él no le era permitido salir de aquellas instalaciones oficiales. Pero ante esta versión, de ser cierta, resultaba simple encontrar a la persona que le había entregado el documento falso y por ello el encargado de la farmacia, Hernando Oviedo Albarracín le pidió que se ubicara a la hora de entrada del personal para que lo señalara, diligen-

cia que se llevó a cabo y como era de esperar el sujeto ideado por el procesado no apareció".

Y agrega:

"Acudió entonces el procesado al expediente de solicitar del Jefe de la División Administrativa 'una riguroza (sic) investigación...', para luego su padre plantear la posibilidad de que este hecho fuera el resultado de una rivalidad de orden gremial, argumento que encuentra amplio rechazo en las prueba recaudadas" (f. 330 y 331).

De manera que no se omitió la apreciación de los testimonios, ni la explicación del procesado, como lo insinúa la demanda, sino que, en relación con los hechos investigados, la conclusión del recurrente difiere de la asumida por el sentenciador, que viene precedida de la doble presunción de acierto y legalidad y que razonadamente encontró establecido que el acusado sí tenía conocimiento de la falsedad de los dos documentos que usó para obtener unas medicinas. Se desestima entonces la pretensión del censor, tal como lo ha solicitado el representante del Ministerio Público.

Por lo anteriormente expuesto, La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnación

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL-Requisitos factor subjetivo

Para responder a las argumentaciones del recurrente, debe comenzarse por recordar el contenido del artículo 72 del C.P., en cuanto establece que "El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto no mayor de tres años o a la de prisión que no exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social" (resalta la Corte).

Obsérvese entonces que los ya denominados por la doctrina y la jurisprudencia, como aspectos subjetivos, cuya satisfacción es requisito indispensable para el merecimiento de dicho subrogado no son excluyentes entre sí, sino acumulativos, es decir, la valoración del juez respecto de todos debe confluir positivamente frente al procesado, pues tratándose de una persona a la que de antemano no ha sido posible suspenderle condicionalmente la ejecución de la condena, bien por no presentarse todos los presupuestos del artículo 68 del C.P., o bien porque la gravedad del delito cometido implicó una mayor severidad en la sanción, no sólo porque el legislador así lo ha dispuesto, sino porque al momento de la individualización de la pena ésta superó los 36 meses, no puede concluirse, que este subrogado, aplicable con posterioridad a la sentencia y que desde luego implica previamente el cumplimiento de gran parte de la pena, se constituya en una gracia automática para el condenado, que habiendo descontado tiempo físico con la dedicación a actividades autorizadas para la redención de pena, haya procurado un buen comportamiento al interior de la cárcel, porque a tales presupuestos no se limita la norma la doble labor de diagnóstico y pronóstico que la ley impone al Juez al momento de analizar la posible liberación de un condenado sobre la base de que ha logrado el reacondicionamiento social y por ende, está apto para reincorporarse al seno de la sociedad a la cual ofendió cuando cometió el ilícito. Es la concurrencia simultánea de todas y cada una de tales exigencias, de las cuales no puede descartarse o subestimarse las relacionadas con la personalidad y los antecedentes de todo orden del condenado.

aspectos que sólo pueden ser valorados a partir de la información que reporta la actuación misma.

Concretamente, en lo que se relaciona con los antecedentes de todo orden, no puede reducirse la interpretación de la ley a aquellos de naturaleza judicial, que impliquen la existencia de otras sentencias condenatorias o como lo dice el recurrente a sindicaciones anteriores, pues precisamente en cada caso concreto, el Juez no puede limitarse a la simple verificación del estado actual del comportamiento del condenado, no siendo posible desconocer los motivos por los cuales esa persona individualmente considerada está enfrentando una sanción tan severa como la privación de la libertad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 13287

Aprobado Acta No.76

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor de César Iván Galindo Zuluaga, contra el auto proferido el pasado 5 de mayo, por medio del cual se le negó a dicho procesado, la libertad provisional:

EL RECURSO

La protesta del recurrente contra el auto impugnada radica fundamentalmente en lo que denomina violación del principio de prohibición de la doble valoración, pues no está de acuerdo con las apreciaciones que allí hiciera la Sala sobre los antecedentes de todo orden, no obstante reconocer que Galindo Zuluaga ha descontado las dos terceras partes de la pena impuesta en los fallos de instancia, habiéndose dedicado durante el tiempo de reclusión a actividades de comité de internos y de promoción de derechos humanos que le merecieron el nombramiento del mejor interno del penal, así como que su conducta se haya calificado, recientemente, de ejemplar.

Así, dice el recurrente que esos antecedentes de todo orden a que se refiere la providencia por medio de la cual se le negó la libertad provisional a su defendido no son cosa distinta a las modalidades comisivas del hecho punible, hechos por los cuales ya fue condenado en primera y segunda instancia por los delitos de peculado por apropiación y falsedad por destrucción, ocultación, supresión de documentos públicos, pues el procesado no registra condenas anteriores por atentados contra la fe pública o la administración pública, ni ningún otro bien jurídico, al punto que en su pasado judicial no registra anotaciones al respecto, habiendo mantenido una conducta familiar y social intachable.

En apoyo de sus afirmaciones, cita doctrina nacional sobre el tema, reiterando que para negarle la libertad provisional a su asistido, la Sala valoró nuevamente aspectos y circunstancias que le sirvieron a los jueces de instancia, de criterio para dosificar la pena finalmente impuesta, coligiendo entonces, que para los efectos previstos en el artículo 72 del C.P., "el análisis del presupuesto objetivo de este subrogado —o mejor, de la libertad provisional a la cual da derecho— debe centrarse exclusivamente, en el examen de la conducta observada por mi representado durante su permanencia en la cárcel Nacional de Varones de esta ciudad", debiendo prevalecer la información más reciente, que en el caso concreto es la calificación de ejemplar que mereció la conducta de Galindo Zuluaga, lo cual dice, está corroborado con la constancia expedida por el Capellán de la cárcel, "de cuya seriedad y apego a la verdad no puede jamás dudarse" y que adjunta al escrito impugnatorio.

Concluye entonces, que una tesis contraria sólo provocaría un efecto desmotivante en los internos que han sido disciplinados al interior del penal y demostrado su readaptación social, puesto que sería tiempo perdido, pues al predominar los antecedentes de todo orden, no tienen ninguna compensación.

Solicita en consecuencia, reponer el auto recurrido y en su lugar concederle la libertad provisional al procesado César Iván Galindo Zuluaga.

Consideraciones

1°. Impera recordar en primer lugar, que por sentencia del 4 de febrero de 1997 el Tribunal Superior de Manizales condenó a Galindo Zuluaga a las penas principales de 49 meses de prisión y multa de $ 2'175.000 en las causas acumuladas que en su contra se adelantaban por los delitos de peculado por apropiación y falsedad por supresión, ocultación o destrucción de documento público.

2°. En el auto del 5 de mayo del año en curso, esto es, el que es objeto de este recurso, se le reconoció al procesado un descuento de 30 meses y 5 días por privación efectiva de la libertad y 128 días más, equivalentes a 1.536 horas de estudio, guarismos que sumados entre sí arrojaron un acumulado para entonces de 34 meses y 13 días, tiempo con el que, por superar las dos terceras partes de la pena impuesta en las instancias, se afirmó que cumplía con el requisito objetivo a que se contrae el artículo 72 del C.P.

3°. No obstante lo anterior y habiendo admitido la Corte, porque así lo certifican los directivos de la cárcel de Manizales, que Galindo Zuluaga se ha dedicado al estudio y actividades relacionadas con la promoción de los derechos humanos y observado una conducta calificada de ejemplar, no

estimó lo mismo frente a los antecedentes de todo orden, aspecto éste último que es el motivo de disenso por parte de la defensa.

3°. Para responder a las argumentaciones del recurrente, debe comenzarse por recordar el contenido del artículo 72 del C.P., en cuanto establece que "El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto no mayor de tres años o a la de prisión que no exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus *antecedentes de todo orden*, permitan suponer fundadamente su readaptación social" (resalta la Corte).

Obsérvese entonces que los ya denominados por la doctrina y la jurisprudencia, como aspectos subjetivos, cuya satisfacción es requisito indispensable para el merecimiento de dicho subrogado no son excluyentes entre sí, sino acumulativos, es decir, la valoración del juez respecto de todos esos ellos debe confluir positivamente frente al procesado, pues tratándose de una persona a la que de antemano no ha sido posible suspenderle condicionalmente la ejecución de la condena, bien por no presentarse todos los presupuestos del artículo 68 del C.P., o bien porque la gravedad del delito cometido implicó una mayor severidad en la sanción, no sólo porque el legislador así lo ha dispuesto, sino porque al momento de la individualización de la pena ésta superó los 36 meses, no puede concluirse, que este subrogado, aplicable con posterioridad a la sentencia y que desde luego implica previamente el cumplimiento de gran parte de la pena, se constituya en una gracia automática para el condenado, que habiendo descontado tiempo físico con la dedicación a actividades autorizadas para la redención de pena, haya procurado un buen comportamiento al interior de la cárcel; porque a tales presupuestos no se limita la norma la doble labor de diagnóstico y pronóstico que la ley impone al Juez al momento de analizar la posible liberación de un condenado sobre la base de que ha logrado el reacondicionamiento social y por ende, está apto para reincorporarse al seno de la sociedad a la cual ofendió cuando cometió el ilícito. Es la concurrencia simultánea de todos y cada una tales exigencias, de las cuales no puede descartarse o subestimarse las relacionadas con la personalidad y los antecedentes de todo orden del condenado, aspectos que sólo pueden ser valorados a partir de la información que reporta la actuación misma.

4°. Concretamente, en lo que se relaciona con los antecedentes de todo orden, no puede reducirse la interpretación de la ley a aquellos de naturaleza judicial, que impliquen la existencia de otras sentencias condenatorias o como lo dice el recurrente a sindicaciones anteriores, pues precisamente en cada caso concreto, el juez no puede limitarse a la simple verificación del estado actual del comportamiento del condenado, no siendo posible desco-

nocer los motivos por los cuales esa persona individualmente considerada está enfrentando una sanción tan severa como la privación de la libertad, dado que, en casos como el presente, no resulta viable ignorar, como tampoco lo hace el peticionario, que no se trata de una delincuencia ocasional o excepcional, pues el apoderamiento que venía haciendo Galindo Zuluaga de las armas que se incorporaban como elementos a las investigaciones que cursaban en el entonces juzgado 22 de Instrucción Criminal de la Dorada, sucedió entre los años 1991 y 1992 con la consecuente ocultación de los oficios remisorios a la base militar para su custodia, conductas que realizó aprovechando el cargo de Secretario de dicho despacho judicial.

Esa pues, la razón por la que en el auto impugnado la Sala trajera a colación algunas de las consideraciones expuestas por el Juez *a quo*, y que, estando aún pendiente la resolución del recurso extraordinario de casación por parte de esta corporación, los fallos de primera y segunda instancia mantienen la doble presunción de acierto y veracidad en todo cuanto allí se analiza sobre la comisión del delito.

Esas circunstancias comisivas del delito, por supuesto que deben servir de elemento de juicio en la valoración de los antecedentes de todo orden, puesto que no se trata en este caso de la apropiación de una sola arma, sino de nueve y durante un período considerable lo que denota, a todas luces la personalidad del procesado, quien no obstante tener la calidad de Secretario de un juzgado penal en donde correspondía adelantar varias investigaciones por delitos contra la vida de las personas, decidió no sólo apropiarse de los elementos con los que se cometía el delito, generándose para sí un provecho particular, sin importarle los inconvenientes que su deshonesta e ilegal conducta producía en aquellos procesos.

5°. En cuanto a la apreciación del recurrente en el sentido de que sería una pérdida de tiempo que el interno se dedique a actividades como el estudio y observe buena conducta porque no recibe a cambio una retribución, es una apreciación que no es cierta, pues precisamente el hecho de que, independientemente de los factores subjetivos que se vienen analizando, se les reconozca rebaja de pena por ese motivo, constituye un incentivo para que las personas privadas de la libertad se esfuercen por su propia resocialización, pues no se olvide que es el juez la única autoridad facultada para reconocer o no la redención de pena por este motivo y para ello debe además valorar el comportamiento del penado en el centro de reclusión y la calificación que obtenga en las labores realizadas.

No se repondrá, por tales razones, el auto impugnado, pues en criterio de la Sala el procesado debe cumplir la totalidad de la pena.

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

RESUELVE:

No reponer el auto del 5 mayo del año en curso, por medio del cual se le negó la libertad provisional al procesado César Iván Galindo Zulúaga.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA-Grave enfermedad, experticio médico

La existencia de una afección a la salud de una persona, en términos tales que deba calificarse como enfermedad y la naturaleza de esa afectación como de índole grave, son supuestos de hecho cuya calificación de carácter técnico de ordinario escapan al conocimiento general de los Jueces y Fiscales encargados de adoptar la decisión que conceda o niegue el beneficio solicitado, por lo que la ley ha encargado que tal situación sea previamente certificada por un médico oficial o por uno particular bajo la gravedad del juramento.

En este orden de ideas, resulta ajeno a cualquier racionalidad pretender que la Sala entre a priori a discutir la validez científica del experticio médico - legal rendido por un profesional en medicina cuya calificación profesional e idoneidad científica se concluyen no sólo de su vinculación al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sino de la anotación del número de su registro médico al pie de su firma.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 12667

Aprobado Acta No. 76

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición ha presentado el procesado Gilberto Antonio Quintero Marín en contra del auto del 29 de abril de 1998, por medio del cual se le negó el beneficio de la detención hospitalaria.

ANTECEDENTES

1. El procesado Gilberto Antonio Quintero Marín fue condenado por un Juez Regional de Medellín (Antioquia) como autor del delito de narcotráfico por la destinación de inmueble para la producción de cocaína (artículo 34 de la Ley 30 de 1986), tasándosele una pena de 7 años de

prisión, lapso que actualmente descuenta en la Cárcel del Distrito Judicial de esa ciudad.

2. En escrito remitido a la Secretaría de la Sala, el procesado solicitó la detención hospitalaria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 del decreto ley 099 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2271 de 1991.

3. Por auto del 29 de abril de 1998 y atendiendo al dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que concluyó que el recurrente es un "paciente con disritmia adecuadamente tratada y con hipertensión con el tratamiento de elección. Examen cardiovascular normal; con síntomas ansiosos" y que no sufre grave enfermedad (folio 143, cuaderno de la Corte), la Sala negó el beneficio solicitado.

4. Contra tal decisión el señor Quintero Marín interpuso recurso de reposición que sustenta criticando el profesionalismo del médico legista que suscribió el dictamen, pues en el examen se limitó a un examen "superficial y con gran rapidez", que considera más apto para una persona enferma de gripe que para alguien que como él, padece una enfermedad cardíaca.

Destaca la ninguna importancia que el legista le prestó a la documentación médica que el recurrente aportó, principalmente a la certificación del médico del centro carcelario. Menciona los nombres de 7 internos que han sido diagnosticados por el mismo médico legista como aptos para estar en la cárcel y han terminado muriendo en el establecimiento.

Cita una decisión de una Sala de Tutela de la Corte Constitucional, por medio de la cual se concedió a Jaime Michelsen Uribe el mismo beneficio que el recurrente ahora está solicitando, advirtiéndose que el dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal no es la única prueba aceptable para tal trámite, sino que también lo son los exámenes de médicos particulares, en el caso de la tutela del Instituto de Cancerología, en el suyo los de la clínica cardiovascular.

Concluye entonces asimilando su caso al del actor de la tutela, pues dice que sin ninguna base científica se ha determinado que su enfermedad no es grave, desconociéndose la certificación del Jefe de la Unidad de Salud del centro carcelario sobre la carencia de medios científicos para atender una emergencia en caso de que llegare a presentarse.

Al recurso se agregó documentación de la Clínica Cardiovascular Santa María de Medellín y del hospital Marco Fidel Suárez.

Consideraciones de la Corte

1. Como lo anotó la Sala en la decisión objeto del recurso de reposición por parte del procesado Gilberto Antonio Quintero Marín, la naturaleza grave de la enfermedad que padezca el procesado es condición de necesidad, para que el Juez pueda autorizar su detención hospitalaria.

2. La existencia de una afección a la salud de una persona, en términos tales que deba calificarse como enfermedad y la naturaleza de esa afectación como de índole grave, son supuestos de hecho cuya calificación de carácter técnico de ordinario escapan al conocimiento general de los Jueces y Fiscales encargados de adoptar la decisión que conceda o niegue el beneficio solicitado, por lo que la ley ha encargado que tal situación sea previamente certificada por un médico oficial o por uno particular bajo la gravedad del juramento.

En este orden de ideas, resulta ajeno a cualquier racionalidad pretender que la Sala entre *a priori* a discutir la validez científica del experticio médico-legal rendido por un profesional en medicina cuya calificación profesional e idoneidad científica se concluyen no sólo de su vinculación al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sino de la anotación del número de su registro médico al pie de su firma.

3. Por otra parte, los argumentos del recurrente respecto de la supuesta superficialidad del examen a que fue sometido por el perito médico y la supuesta omisión que éste hizo de la literatura sobre los antecedentes del paciente, son apenas apreciaciones subjetivas que se ven ampliamente superadas con la mera lectura del dictamen médico-legal, en el que se hace mención de la historia clínica, del electrocardiograma, del monitoreo Holter y de la prueba de esfuerzo, que es exactamente la documentación que el recurrente acompaña a su escrito de reposición.

No existe entonces ninguna razón que aconseje a la Sala poner en duda las conclusiones científicas del dictamen rendido por el médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que por otra parte no se contradice con las conclusiones de los galenos particulares que han atendido al señor Quintero Marín, pues, por ejemplo, la prueba de esfuerzo concluye respuestas normales a la estimulación física y el test de Holter concluye la inexistencia de alteraciones significativas del ritmo o de la frecuencia cardiaca, por lo que la conclusión de que el señor Quintero Marín no padece grave enfermedad se mantiene inalterable y por tanto así debe permanecer la decisión objeto de la impugnación.

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

RESUELVE:

1°. No reponer el auto del 29 de abril de 1998, por medio del cual se negó la detención hospitalaria solicitada por Gilberto Antonio Quintero Marín.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ACCION CIVIL-
Interés para recurrir

1. La violación indirecta de la ley sustancial, que conduzca a no aplicarla o a hacerla indebidamente, acontece por error de derecho o de hecho. Este puede consistir en falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o en falso juicio de identidad (distorsionar su sentido objetivo). Aquél puede serlo por falso juicio de legalidad (estimación de un elemento de demostración que ha sido allegado incurriendo en sustanciales irregularidades) o por falso juicio de convicción (no otorgarle a la prueba el valor previamente establecido por la ley).

2. Independientemente de la asunción del monto pericialmente tasado, y de las obligaciones y facultades que constitucional y legalmente le competen a la administración de justicia en procura de la real y efectiva indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, se aprecia que "el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente" consagrado en el citado artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, significa que el interés para recurrir en casación no se determina por la cuantía total, sino por el monto de la lesión económica que el impugnante estima que con el fallo se ha generado en contra de su causa, estableciéndose como valor la diferencia entre la expectativa manifiesta y lo judicialmente establecido.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá, D. C., mayo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 13071

Aprobado Acta N°76

ASUNTO

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación, formulada en representación del tercero civilmente responsable Pedro Antonio Sandoval López.

Hechos

La mañana del 31 de diciembre de 1992, frente al inmueble distinguido con el N° 67-102 de la carrera 9ª de Popayán, vía Panamericana, la camioneta Dodge 300, placa LF 2496, ocupada por su propietario Pedro Antonio Sandoval López y por Jesús Emiro Cañizales Trujillo, quien la conducía, perdió los frenos y después de invadir el carril contrario chocó con la camioneta DAZ, "ñata", placa NP 2426, manejada en el otro sentido por Jaime Ramírez, y donde también viajaba el niño Jaime Ramírez Barrera, hijo suyo, que resultaron heridos (12 y 8 días de incapacidad sin secuelas, respectivamente, fs. 74 y 75 cd. inicial), y Carlos Antonio Ruiz Daza, quien murió a consecuencia de las lesiones recibidas en el impacto.

Antecedentes Procesales

Abierta investigación y escuchado en indagatoria Jesús Emiro Cañizales Trujillo, el 10 de febrero de 1993 le fue decretada detención preventiva con excarcelación por homicidio culposo; providencia que, al ser apelada, recibió confirmación el 31 de marzo de 1993, de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán.

Entre tanto, ya aceptada la constitución de parte civil, el 9 de febrero del mismo año Pedro Antonio Sandoval López fue vinculado como tercero civilmente responsable, mediante providencia que le fue personalmente notificada el mismo día, designando apoderado (fls. 122 y 123 *ib.*).

Cerrada la investigación y vencido el traslado respectivo, el 21 de julio de 1994 la Fiscalía Doce Seccional de Popayán profirió resolución de acusación contra Cañizales Trujillo por homicidio culposo, ordenando compulsar copias para separar la actuación contravencional por las lesiones personales culposas (fls. 469 y ss., cd. 1°), providencia confirmada después de que el apoderado de la parte civil, en lo que consideró de su interés, interpuso reposición y subsidiaria apelación, resuelta ésta el 10 de octubre de 1994 por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal (fls. 515 y Ss. *ib.*).

Correspondió al Juzgado 6° Penal del Circuito de Popayán adelantar el juicio, despacho que el 26 de julio de 1996 condenó a Jesús Emiro Cañizales Trujillo a 24 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, un año de suspensión en la conducción de automotores y tres mil pesos de multa, concediendo la ejecución condicional de la pena privativa de la libertad. También lo sentenció, solidariamente con el tercero civilmente responsable Pedro Antonio Sandoval López, a indemnizar los perjuicios irrogados con el homicidio culposo, así (fls. 43 y ss., cd. 2°):

1° De orden material, $84'494,517 "en partes iguales a: Cilia Sonia Fernández Vda. de Ruiz, Alvaro, Sonia Betty, Danny Emilce, Pablo Carlos y Yenny Fabiola Ruiz Fernández".

2° De orden moral, el valor equivalente a 300 gramos oro "en forma equitativa a los afectados con la muerte de Carlos Antonio Ruiz Daza y quienes se constituyeron en parte civil".

Apelada la sentencia por los apoderados del tercero civilmente responsable y de la parte civil, fue confirmada por el Tribunal Superior de Popayán el 22 de noviembre de 1996 (fs. 132 y ss. *tb.*), fallo impugnado en casación por el primer apoderado referido.

LA DEMANDA

Al amparo de las causales primera del "artículo 220 del código penal" (sic) y segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, son formulados estos cargos a la sentencia impugnada:

1° Por la causal primera de lo que se colige como referencia al estatuto procesal penal, "violación con la sentencia de la norma de derecho sustancial por error en la apreciación de las pruebas por parte del juzgador", ubicación mencionada al terminar el censor de exponer su entendimiento sobre cómo sucedió el accidente, donde a su manera "esboza el aspecto de prueba", contraria a la apreciación que, según expresa, el Tribunal acomodó "al amaño de la teoría condenatoria que propone y aplica":

"La forma interpretativa de la prueba que hace el tribunal superior es contraria a los principios jurídicos que informan la temática correspondiente. Se atenta contra la lógica y la experiencia y se parte de unos presupuestos ideales cuando el informe de los hechos nos conduce a la demostración plena de que Jesús Emiro Cañizales maniobraba el vehículo correctamente cuando surgieron de improviso las causales de fortuidad (sic) y fuerza mayor ya enunciadas como son la parada intespectiva (sic) del bus, la ausencia de espacio diferente cuando fallaron los frenos, la falla misma del sistema de frenos y, la conducción inexperta de Jaime Ramírez.

Con esta errónea interpretación de la prueba se conduce a la violación de una norma de derecho sustancial cual es la declaración de culpabilidad de Jesús Emiro Cañizales y la aplicación de una norma de derecho sustantivo cual es el artículo 329 del codigo (sic) penal. Se ha violado porque se ha desconocido, de la misma manera, lo dispuesto en el artículo 40 del codigo (sic) de las penas cuando en su artículo (sic) primero describe como causal de inculpabilidad la realización de la acción por caso fortuito o causa (sic) mayor. La interpretación correcta del haz probatorio conduce al establecimiento de esas causales de inimputabilidad (sic) y, la Sala Penal pretermitió ese reconocimiento por lo cual estimó que se ha violado la norma sustancial."

2° De manera separada pero sin indicación de subsidiaridad, el censor invoca la causal segunda de casación prevista en el artículo 368 del Códi-

go de Procedimiento Civil, para acusar falta de consonancia entre el fallo y las pretensiones civilmente demandadas.

Todo lo que dice es que la "petición fundamental" de dicha demanda "reclama indemnización por la suma de $21'000.000" y su representado fue condenado a pagar $84'494.517, con lo cual se "está violando el principio fundamental del derecho de la congruencia que debe haber entre la demanda y el fallo", siendo que "la ley no prevee (sic) en estos casos los fallos *ultra petita*".

3° Confía finalmente el demandante en que la Sala estudiará y determinará oficiosamente "si existe la causal de casación de resolución oficiosa que implica nulidad procesal".

ALEGACIÓN DE NO RECURRENTE

El representante del Ministerio Público ante el Tribunal Superior de Popayán, Procurador 153 Judicial II en Penal, considera que la demanda de casación debe ser rechazada porque no demuestra el yerro en que habría incurrido el fallador, ni especifica si medió violación directa o indirecta, ni "la subdivisión a la cual pertenece el error acusado", además de confundir las causales de inimputabilidad con las de inculpabilidad y no indicar en qué sentido habría de reemplazarse la sentencia recurrida en el evento de ser casada, de donde la Sala "estaría sustituyendo la voluntad del censor y suplicndo oficiosamente sus omisiones en actitud que le está vedada a la corporación".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues el recurso extraordinario es un enjuiciamiento técnico sobre la sentencia atacada, de conformidad con una serie de reglas legalmente establecidas al efecto, sin que pueda extenderse al estilo de un simple alegato de instancia, que es lo que en este caso intenta el casacionista, con múltiples fallas.

En lo concerniente al primer cargo, el impugnante lo formula con base en la causal primera de casación pero, como con razón señala el Procurador 153 Judicial, no indica si la sentencia incurrió de manera directa, o indirectamente, en el quebrantamiento de algún precepto sustancial, posiblemente la previsión del homicidio culposo en el artículo 329 del Código Penal que atina a mencionar, ni señala el sentido de la violación.

Podría colegirse la vía indirecta, pues buena parte del libelo contiene su apreciación sobre la prueba recaudada y la inconformidad con la conclusión a que arribaron los juzgadores, pero en ningún caso la enunciación de la censura, que ensaya al final, alcanza a satisfacer los requisitos de forma exigidos por la ley.

La violación indirecta de la ley sustancial, que conduzca a no aplicarla o a hacerlo indebidamente, acontece por error de derecho o de hecho. Este puede consistir en falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o en falso juicio de identidad (distorsionar su sentido objetivo). Aquél puede serlo por falso juicio de legalidad (estimación de un elemento de demostración que ha sido allegado incurriendo en sustanciales irregularidades) o por falso juicio de convicción (no otorgarle a la prueba el valor previamente establecido por la ley).

En la presentación confusa del cargo se podría creer esto último, como si el impugnante entendiera que en Colombia existe un sistema tarifado de apreciación probatoria, cuando el actual Código de Procedimiento Penal consagró la sana crítica y, por lo tanto, no está fijando un valor preestablecido, sino que dejó en el juzgador la facultad de apreciar los elementos de convicción de conformidad con las reglas de la experiencia, la ciencia y la lógica.

La otra posibilidad que surge de la lectura del cargo, consiste en considerar que endilga un error de hecho y no de derecho como el anterior, pero al no especificarlo no se sabe con exactitud cuál es el vicio enrostrado, ni sobre qué medio probatorio. En la primera parte podría pensarse en el falso juicio de identidad, ya que el demandante se pronuncia sobre lo que considera como equivocada apreciación de la prueba, que le censura al Tribunal sin demostrar el yerro y a pesar de venir amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que trata simplemente de contrastar oponiéndole su propia interpretación personal.

Sin embargo, no determina de qué manera concreta fue tergiversada una probanza específica en su contenido material para hacerle significar algo diferente, situación que, por falta de explicitud, impedirá el posterior análisis de fondo de la demanda.

En la segunda parte de la presentación del cargo, el recurrente dice que el enjuiciado maniobraba correctamente el automotor en que viajaba y, como apunta a que ello no fue tenido en cuenta por el juzgador, entonces cabría deducir, en un esfuerzo por entenderle, que hace relación a un falso juicio de existencia. No obstante, tampoco desarrolla adecuadamente este aspecto.

Desde otro enfoque, aunque el censor insinúa aplicación indebida del artículo 329 del Código Penal y que se habría violado por desconocimiento lo dispuesto en el artículo 10-1 de la misma codificación, norma de tal manera inaplicada, se queda en el mero enunciado, incumpliendo así la obligación legal de fundamentar la inconformidad.

Se aprecia de tal manera la formulación incompleta del reproche y su falta de precisión y claridad, sin que pueda la Corte entrar a reemplazar al demandante ni suplir sus deficiencias, por la limitación que le impone la

ley, ni tratar de interpretar el cargo más allá de lo comentado, de donde no queda otro camino que considerarlo inadmisible, atendiendo lo dispuesto por los artículos 225-3 y 226 del Código de Procedimiento Penal.

2° Como fue indicado en el aparte respectivo, el recurrente también invoca la causal segunda de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, para formular otra clase de censura contra la sentencia de segunda instancia, por considerar que condenó a su poderdante por más de lo pedido, quebrándose de esa manera la consonancia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y el fallo.

La primera observación que ha de efectuarse es que acá también el demandante desatiende lo dispuesto por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, ahora en su inciso final, pues no indica subsidiaridad alguna, a pesar de resultar excluido este cargo por el anterior, que de prosperar habría conllevado la absolución por inculpabilidad del conductor de la camioneta y, por ende y de ahí el legítimo interés en recurrir el tercero civilmente responsable, a que no se hubiere producido la condena solidaria a la indemnización de los perjuicios irrogados con el hecho punible, cuando ahora simplemente se busca reducir su valor.

Pero previamente debe examinarse si el demandante tiene o carece de interés cuantitativo para recurrir en este caso, de conformidad con lo estatuido por los artículos 221 del Código de Procedimiento Penal y 366 del de Procedimiento Civil, modificado por el 1°-182 del decreto 2282 de 1989, y lo precisado por esta Sala: "Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, como en el caso que nos ocupa, puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena prevista y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil" (julio 30/97, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Según los artículos 2° y 3° del Decreto 522 de 1988, que dispone el aumento bienal del valor del derecho para recurrir, entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de diciembre de 1997, lapso durante el cual se profirió y fue impugnada la sentencia de segunda instancia, la cuantía para recurrir en casación ascendía a $38'416.000.

El recurrente dice, de manera inexacta, que la indemnización demandada por la parte civil sólo asciende a $21'000.000, en lo que él mismo llama "petición fundamental". Pero ocurre que tal monto es el reclamado como indemnización de los perjuicios materiales causados a uno solo de los herederos de Carlos Antonio Ruiz Daza, su hija Yenny Fabiola Ruiz Fernández, a quien se contrae la primera de las demandas de constitución de parte civil que fueron presentadas y aceptadas, en la cual también se incluye "1.000 gramos oro" como indemnización de los perjuicios morales (fs. 39 a 46 cd. inicial).

Pero el 16 de noviembre de 1994 fue presentada por el mismo abogado otra demanda, admitida mediante providencia de fecha 17 de los mismos, esta vez a nombre de la viuda Cilia Sonia Fernández de Ruiz y otros cuatro hijos: Alvaro, Sonia Betty, Danny Emilce y Pablo Carlos Ruiz Fernández, donde globalmente estima en $40'000.000 los perjuicios materiales causados y los morales "en 1.000 gramos oro para cada uno de ellos" (fs. 535 a 544 *ib.*).

El sindicado y el tercero civilmente responsable fueron condenados solidariamente a pagar, de manera global, 884'494.517 como indemnización de los perjuicios de orden material, "en partes iguales" a la viuda y los cinco hijos que demandaron civilmente en una y otra oportunidad, suma $23'494.517 superior al importe de las dos demandas por este concepto ($84'494.517-$61'000.000), pero, como se verá, inferior al interés para recurrir en casación anteriormente mencionado ($38'416.000).

Cabe recordar, para mayor ilustración, que como indemnización de los perjuicios morales se condenó por la suma equivalente a 300 gramos oro, "los que serán repartidos equitativamente a los herederos antes citados" (f. 83 cd. 2), cantidad notoriamente inferior a los mil gramos reclamada por cada uno de los seis contristados a cuyo nombre se presentó demanda.

Independientemente de la asunción del monto pericialmente tasado, y de las obligaciones y facultades que constitucional y legalmente le competen a la administración de justicia en procura de la real y efectiva indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, se aprecia que "el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente" consagrado en el citado artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, significa que el interés para recurrir en casación no se determina por la cuantía total, sino por el monto de la lesión económica que el impugnante estima que con el fallo se ha generado en contra de su causa, estableciéndose como valor la diferencia entre la expectativa manifiesta y lo judicialmente establecido.

En el presente caso, el reproche del casacionista se contrae a que su poderdante fue condenado a indemnizar los perjuicios materiales en cuantía superior a la pedida a nombre de los afectados, pero está visto que tomando en cuenta la suma de ambas demandas de constitución de parte civil, y no una sola como pretende, el valor superior de la resolución desfavorable en cuanto a los perjuicios materiales ($23'494.517), independientemente de la propiciatoria diferencia en la estimación de los morales, está por debajo del mínimo legal entonces determinado para acceder al recurso extraordinario ($38'416.000).

No satisfacer el monto del interés civil para recurrir en casación, también conduce actualmente al rechazo de la demanda.

3ª No ofrece fundamento ni pertinencia el indeterminado pronunciamiento oficioso de nulidad que incluye el libelista en el último punto, sien-

do entendido que esa clase de determinaciones las tomará la Sala, de su iniciativa, siempre que exista razón válida y tenga competencia para hacerlo.

Por todo lo anterior y en acatamiento de las normas citadas en su oportunidad, esta corporación debe rechazar la demanda y declarar desierto el recurso interpuesto. Contra esta decisión, que adquiere ejecutoria en la misma fecha en que es suscrita (art. 197 C. de P. P.), no cabe recurso alguno.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de casación presentada a nombre del tercero civilmente responsable Pedro Antonio Sandoval López y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Este proveído queda ejecutoriado el día de su suscripción y no admite recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al despacho judicial de origen.

Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IRREGULARIDAD-Validez de la actuación

No toda informalidad que pueda presentarse en el ejercicio de la actividad in procedendo *afecta la validez de la actuación: ha de tratarse de irregularidades sustanciales que comprometan el debido proceso, bien porque rompen su estructura lógica, ora porque desconocen las garantías de las partes, siendo obligación del recurrente identificar el pretendido vicio, expresar sus fundamentos y demostrar su trascendencia.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 9914

Aprobado acta No.76

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de mayo de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al procesado José Edgar Avella Mariño a la pena principal privativa de la libertad de 48 meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado, en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 23 de junio de 1990, siendo aproximadamente las 10:30 de la mañana, José Edgar Avella Mariño, quien se movilizaba en el vehículo particular marca Chevrolet de placas BAA-840 por la avenida Caracas de esta ciudad, en dirección sur-norte, atropelló a la altura de la calle 9a a Carmen Julia Mancilla de Leguizamón, Francy Jasbleydi Leguizamón Mancilla y Nidia Jazmín Leguizamón Mancilla, madre e hijas, respectivamente, causando la muerte de las primeras y heridas que determinaron 14 días de incapacidad a la última (fl.134). El deceso de Carmen Julia se presentó en el momento del arrollamiento, y el de su hija Francy Jasbleydi, de seis años de edad, cuatro horas después (fls. 2 y 127-1).

El vehículo en mención colisionó inicialmente con la parte trasera del taxi conducido por Timoteo Velandia, de placas SA-4864, atravesó el

separador de la avenida (donde se hallaban las víctimas), y se detuvo en la calzada contraria. Un segundo taxi que se hallaba delante del de placas SA-1864, piloiado por Cenón Morales López, resultó a su vez golpeado en su parte posterior por la acción de este último (fls.146 y 382-1). En el interior del vehículo causante de la tragedia fueron hallados un envase de aguardiente, y dos tapas adicionales con la inscripción "empresa de licores de Cundinamarca" (fls.7).

Iniciada la investigación, el instructor vinculó al proceso mediante indagatoria a José Edgar Avella Mariño (fl.41), Cenón Morales López (fl.104) y Timoteo Velandia (fl.110), y profirió medida de aseguramiento de detención preventiva respecto del primero de ellos, por homicidio culposo (fls.81 y 225).

En su indagatoria, Avella Mariño manifestó que ese día, cuando se dirigía por la avenida Caracas hacia el norte en compañía de José Benjamín Montenegro, un taxi de color gris que iba adelante suyo frenó sorpresivamente en la intersección con la calle 9a, donde existe semáforo para virar a la izquierda, haciendo que perdiera el control del vehículo debido a la humedad de la vía y chocara perdiendo el conocimiento. No había ingerido bebidas embriagantes, aún cuando recuerda que en el Batallón contiguo, donde lo auxiliaron, le aplicaron entre la nariz y la boca un algodón untado de alcohol. Su compañero sí había estado tomando licor y llevaba una botella de aguardiente en sus manos (fls.41). En términos similares declaró José Benjamín Montenegro, quien aclara que la botella que llevaba consigo estaba desocupada (fls. 55).

Cenón Morales López, conductor del taxi de placas SF 1321, afirma que encontrándose sobre la avenida Caracas, en dirección sur-norte, a la espera de que el semáforo de la calle 9a le autorizara el giro a la izquierda, escuchó un ruido de latas, y al pretender mirar por el retrovisor, su carro fue lanzado hacia adelante. Inicialmente sólo pudo observar como objetos de colores que eran lanzados a una altura de aproximadamente 1.50 metros, pero después pudo constatar que se trataba de tres personas que habían sido arrolladas. El tráfico vehicular en ese momento era escaso porque se estaba transmitiendo el partido del mundial de fútbol entre Colombia y Camerún, la visibilidad era buena y el piso estaba seco (fls.104 ss.).

Timoteo Velandia sostiene, por su parte, que hallándose en la intersección de la avenida Caracas con calle 9a, sobre la primera de dichas vías, en dirección sur-norte, detrás de un taxi amarillo (se refiere al vehículo conducido por Morales López), a la espera de que el semáforo autorizara el giro a la izquierda, sintió un golpe "bestial" en la parte trasera del automotor. Cuando reaccionó pudo ver un carro rojo en la otra calzada, una señora en el pavimento y una muchacha tambaleándose que caía sobre el separador, y advertir que su vehículo había chocado al taxi que se encontraba adelante (fls.110 ss.).

El examen de alcoholemia de José Edgar Avella Mariño y José Benjamín Montenegro, arrojó resultados positivos para embriaguez de segundo grado (fls. 26 y ss., 62 ss. y 116 ss -1). El de psicofármacos resultó negativo para ellos, pero positivo para Carmen Julia Mancilla, por presencia de fenotiazinas (fls.163, 166 y 174).

Según estudios técnico-científicos del Instituto de Medicina Legal, Laboratorio de Física, el vehículo marca Chevrolet, de placas BBA-840, conducido por Avella Mariño, se desplazaba, inmediatamente antes de la colisión, a una velocidad "que como mínimo está entre 58 y 62 k/h" (fls. 372 y ss.).

Del proceso hacen también parte los testimonios de Vicente Avila Delgadillo, quien se refiere a la forma como ocurrieron los hechos, destacando que el carro particular embistió a uno de los taxis que esperaban el cambio de semáforo (fls.16); Nidia Leguizamón Mancilla, quien recuerda haber visto el vehículo desplazándose en zig zag a una velocidad "terrible" por la avenida caracas, y haberle alcanzado a gritar a su mamá "mire ese loco" (fls. 388 ss.); y, Jorge Enrique Rodríguez Gacha, quien asegura haber visto al procesado en sano juicio en las primeras horas de la mañana de ese día, en el sitio de trabajo (calle 2a con carrera 10a), y haberlo auxiliado después en el lugar de los hechos, suministrándole líquido de la botella que estaba en el interior del vehículo para que reaccionara, y ayudándolo a llevar hasta el batallón (fls.386 ss.).

Clausurado el ciclo investigativo, el instructor, dispuso su reapertura por auto de 10 de abril de 1991, de acuerdo con lo establecido en el artículo 469 del estatuto procesal para entonces vigente (fls.192 y 214). Cerrada de nuevo la investigación, la fiscalía, mediante proveído de 9 de marzo de 1993, profirió resolución de acusación contra Avella Mariño por el delito de homicidio culposo agravado, en concurso homogéneo, y cesó procedimiento en favor de Cenón Morales López y Timoleo Velandia. Dispuso, así mismo, expedir copias de la actuación para que por separado se investigara el delito de lesiones personales de que se hizo víctima a Nidia Jazmín Leguizamón Mancilla (fls.312 ss.). Esta calificación recibió el aval de la segunda instancia, mediante pronunciamiento del 28 de junio siguiente (fls. 26-2).

Rituada la causa, el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá condenó a Avella Mariño a la pena principal de 48 meses de prisión, un mil novecientos sesenta y siete pesos de multa, suspensión en el ejercicio de conducir automotores por el término de 24 meses, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena privativa de la libertad, como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado en concurso homogéneo, en armonía con los cargos imputados en la resolución acusatoria (fls. 417 ss.).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo confirmó íntegramente (fls. 3-3).

LA DEMANDA

Tres cargos, dos al amparo de la causal tercera de casación, y uno con fundamento en la primera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

CAUSAL TERCERA

Cargo primero:

El proceso se encuentra viciado de nulidad por violación del derecho de defensa porque en la indagatoria el funcionario instructor no interrogó al imputado sobre los dos homicidios, no obstante que para ese día ya se tenía conocimiento del deceso de Carmen Julia y su hija Francy Jasbleydi, sino que se limitó a formular la siguiente pregunta: "Sírvase decir al Despacho, quién cree usted que es el responsable de los delitos que se investigan CONTESTO: No sé".

Una indagación de este tipo, resulta demasiado ambigua para configurar un cargo por doble homicidio. Al procesado jamás se le interrogó por cada uno de los hechos punibles con especificación de los nombres de las víctimas, para que pudiera defenderse. Lamentablemente se tomaron las cosas con demasiada sutileza, al punto que el instructor, por pereza o falta de experiencia, o cualquier otro motivo, se limitó a interrogar por los "delitos que se investigan" ¿pero cuáles delitos, si en principio sólo existía un homicidio y dos lesiones personales?

Esta irregularidad constituye una auténtica nulidad por violación del derecho de defensa, porque doctrinariamente se ha dicho que "no preguntar en la indagatoria por todos los delitos investigados y sin embargo hacer pronunciamiento en la resolución de acusación por los hechos punibles", es una violación grave a esta garantía, con mayor razón si se tiene en cuenta que esta pieza procesal es un medio de información y defensa, en cuanto le proporciona al imputado la posibilidad de desvirtuar los cargos presentados en su contra.

Cargo segundo:

La providencia de 10 de abril de 1991, mediante la cual se calificó por primera vez el mérito del sumario, y en la que se optó por la reapertura de la investigación, es nula porque carece de la más mínima motivación, aparte que no especificó si comprendía todos los procesados y todos los hechos punibles. En la parte resolutiva de este proveído se dijo simplemente: "ORDENAR LA REAPERTURA DE LA INVESTIGACION POR EL TERMINO DE SEIS MESES".

Sin pecar de legalistas, debe aceptarse que dicha providencia carece de los mínimos presupuestos procesales, como son la motivación, claridad y concreción que deben caracterizarla, y que, por ser de fondo, exigía un estudio ponderado de la situación fáctica, pero en ella ni siquiera se hizo

referencia a los procesados, ni mucho menos a los hechos punibles. ¿Luego qué valor jurídico puede tener una pieza procesal de estas características?

Igual acontece con la providencia de 5 de agosto de 1991, mediante la cual el Juzgado resolvió la situación jurídica de los procesados Cenón Morales López y Timoteo Velandia, como quiera que el funcionario instructor ordenó su libertad sin reparar que no se encontraban privados de ella, resultando esta decisión completamente desenfocada de la realidad procesal.

Decisiones como éstas riñen abiertamente con los derroteros del Código de Procedimiento Penal y afectan, sin lugar a dudas, el debido proceso. Por consiguiente, pide a la Corte casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la indagatoria de su defendido, para que se reponga el trámite procesal.

CAUSAL PRIMERA

Cargo único:

La sentencia impugnada viola indirectamente la ley sustancial por "error de derecho en la apreciación de las pruebas que se tuvieron en cuenta para la condena".

Afirma que los falladores de instancia apoyaron su decisión en los resultados del examen de alcoholemia practicado por el Instituto de Medicina Legal al procesado, para derivar de allí su culpabilidad en el doble homicidio, dándole a dicho dictamen pericial el valor de plena prueba.

Ilustra sus asertos con transcripciones de los fallos, e insiste, con fundamento en ellas, que todo el juicio de responsabilidad penal del acusado "radicó" en la referida experticia, a la que incuestionablemente se le dio el valor de plena prueba, sin considerar otros factores que obran en el proceso, y sin tener en cuenta que un dictamen pericial no configura plena prueba, sino apenas un indicio.

En su indagatoria, Avella Mariño manifestó que el accidente tuvo como causa eficiente la intempestiva frenada del vehículo que se movilizaba adelante cuando quiso hacer un giro a la izquierda, y que debido a esa maniobra perdió el control de su automotor. Sobre este viraje, ninguna duda arroja el informativo porque Cenón Morales López y Timoteo Velandia aceptaron que se disponían a realizar dicho cruce. Pero el instructor y los juzgadores olvidaron que desde hace ya algún tiempo este cruce está prohibido, y sobre esta situación nada se averiguó en el proceso. De manera que la versión suministrada por el procesado sobre las causas del hecho, resultaba, en principio, respaldada por las versiones de los otros conductores.

En cuanto a la presencia de alcohol etílico en el organismo de Avella Mariño, el procesado explicó que las personas que lo ayudaron le frotaron

un algodón impregnado de alcohol, pero los funcionarios judiciales nada hicieron para establecer si era factible que esta acción determinara el aliento alcohólico y el resultado positivo en la sangre.

Esta explicación, aun cuando parezca baladí, no puede ser descartada por los funcionarios judiciales con fundamento en simples apreciaciones personales, ni siquiera siendo versados en medicina, porque para eso han sido creados unos cuerpos auxiliares, y en este caso, la única prueba que podía desvirtuar su versión era un dictamen de medicina legal, que no se practicó.

No queda duda, entonces, que el fallo de condena se fundamentó en el resultado del examen de alcoholemia, el cual, como prueba indiciaria, debe considerarse incompleta, y por consiguiente inidónea para un juicio de certeza sobre la responsabilidad penal del procesado, circunstancia que es "connotativa de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba".

Reitera que los fallos se fundamentaron en el dictamen de alcoholemia únicamente, sin hacer análisis alguno de otras situaciones que podían favorecer a su defendido, como el giro "contravencional" que pretendían hacer los conductores de los vehículos que iban adelante, amén de que nada se investigó sobre la prohibición de este cruce, así como tampoco se averiguó acerca de las condiciones anímicas de la occisa Carmen Julia, en cuya orina fueron hallados residuos de fenotiazinas.

Pide casar la sentencia impugnada y, en su lugar, proferir fallo absolutorio en favor del procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. En punto a los cargos formulados al amparo de la causal tercera, el Procurador Primero Delegado en lo Penal acepta que el instructor no interrogó al procesado sobre el doble homicidio, pero sostiene que los descargos rendidos lo fueron por todos los extremos de la conducta objeto de investigación.

En esta diligencia, Avella Mariño admitió haber colisionado con un vehículo gris, y acepta en cierta forma que a causa del impacto se subió al separador y atropelló a la víctima que estaba esperando el cambio de semáforo. Dijo igualmente estar enterado de la muerte de una señora en el sitio de los hechos y de una niña que llevaron al hospital San José.

En el auto que resolvió la situación jurídica de Avella Mariño, se ubicó la conducta en el artículo 329 del Código Penal (homicidio culposo), cargo al cual hicieron referencia el acusado y el esposo y padre de las víctimas en el memorial de desistimiento de la acción civil. A esta imputación se refirió también la defensa, al solicitar la cesación de procedimiento y, en subsidio, la reapertura de la investigación, petición esta última que fue

acogida por el instructor en la primera calificación, porque advirtió la falta de algunas pruebas, como aparece claro del texto de la providencia.

Esto permite concluir que el procesado sí pudo defenderse de la imputación por el doble homicidio en la modalidad de culposo, cargos que pretendió desvirtuar invocando una causal de inculpabilidad (caso fortuito), sin lograr sus propósitos. Y en cuanto a la lesiones causadas a Nidia Jazmín, el calificatorio no se ocupó de ellas.

Agrega que la indagatoria no es la única pieza procesal con que cuenta el procesado para defenderse de los hechos que se le imputan, y que en esta diligencia no es de rigor un interrogatorio jurídico sino fáctico, en cuanto que debe estar referido a hechos (acciones u omisiones), no a denominaciones jurídico-penales.

Finalmente sostiene que si bien es cierto en el auto de reapertura de la investigación no se especificó si la decisión cobijaba a todos los procesados, era obvio que los comprendiera, al igual que a todos los hechos punibles. Luego mal puede existir violación del debido proceso.

2. En el análisis del cargo formulado al amparo de la causal primera, el Procurador Delegado cuestiona la falta de concreción de la clase de error, si de legalidad o de convicción, aun cuando se inclina por considerar que el ataque está referido a este último.

A partir de este supuesto, sostiene que el error de derecho por falso juicio de convicción no tiene cabida en el análisis de la fuerza demostrativa de la prueba, en cuanto que ese valor lo otorga el Juez siguiendo las pautas generales que le señala el ordenamiento jurídico.

Además de esta inconsistencia, al interior del cargo el demandante entremezcla aspectos susceptibles de ser alegados al amparo de la causal tercera, como cuando afirma que los juzgadores omitieron practicar pruebas, proceder con el cual transgrede el principio de autonomía de las causales, y limitación de las mismas, ya que cada una tiene su propio rigor técnico, así como su fundamentación, y no pueden ser desarrolladas en forma conjunta. Técnicamente se advierte también que omite señalar las normas sustanciales violadas y el sentido de la transgresión.

En el fondo lo que hace el recurrente es mostrar su inconformidad con el análisis y valoración probatorios realizados por los juzgadores de instancia, principalmente con las pruebas demostrativas de que Avella Mariño ingirió bebidas alcohólicas en tal cantidad, que su estado de alicoramiento cuatro horas después de los hechos era de segundo grado.

Y, la exculpación fundada en el frotamiento del algodón empapado de alcohol, además de no tener respaldo probatorio, tampoco explicaría el grado de alcohol hallado en la sangre, siendo claro, por el contrario, a juzgar por la forma y velocidad como conducía, que al momento de los hechos el procesado no se encontraba en pleno uso de sus sentidos.

Por estas razones, pide la desestimación de la censura.

SE CONSIDERA

CAUSAL TERCERA.

Cargo primero:

Cierto es, como lo postula el casacionista, que los fundamentos fácticos de la resolución de acusación deben guardar correspondencia con los hechos por los cuales el procesado fue interrogado en su indagatoria, y que el rompimiento de esta identidad factual puede viciar el proceso (en todo o parte, según el caso), por afectación del derecho de defensa, pero su alegación deja de tener validez cuando plantea que una tal situación se presentó en el caso *sub judice*.

Del contenido de la indagatoria de Avella Mariño claramente se deduce que el imputado no sólo sabía de la muerte de Carmen Julia Mancilla de Leguizamón y su hija mejor Francy Jasbleydi, sino que era consciente de que su vinculación al proceso estaba directamente relacionada con estos hechos. Es lo que revelan los siguientes apartes de su exposición:

"PREGUNTADO: Sírvase decirle al juzgado si base (sic) el motivo por el cual se encuentra rindiendo esta declaración libre de todo apremio y asistido de defensor. CONTESTO: Si sé el motivo... PREGUNTADO: Díganos si sabe usted qué otras personas fueron víctimas, es decir, resultaron muertas o lesionadas con el hecho que se investiga. CONTESTO: Yo tuve conocimiento de la señora que murió en el sitio, y tuve conocimiento de una niña que la llevaron a un hospital San José, que estaba herida y que he escuchado que murió, no sé más" (fls. 42 y 45-1).

Luego no es verdad que el procesado haya sido llamado a responder en juicio y posteriormente condenado por hechos respecto de los cuales no fue indagado, ni que se presente, por un tal motivo, disonancia entre los hechos de la vinculación y los que soportaron la resolución de acusación proferida en su contra.

Es de precisarse, como lo hace la Delegada en su concepto y se deduce del contenido de los artículos 359 y 360 del estatuto procesal vigente (381 y 382 del anterior), que el interrogatorio al imputado en la indagatoria debe ser de contenido fáctico, no de carácter jurídico, y que por esta razón ninguna irregularidad puede surgir de la circunstancia de no haber sido informado el procesado de la denominación jurídica de los delitos cometidos.

No puede desconocerse que en el acto de la indagatoria ninguna alusión se hizo a las lesiones causadas a Nidia Jazmín Leguizamón Mancilla, pero esta alegación deviene intrascendente frente a la circunstancia de integrar este hecho punible, junto con las muertes, el resultado de un mismo contexto de acción por el que sí fue interrogado el procesado, aparte de que en la resolución de acusación no le fueron formulados cargos por las referidas lesiones.

La censura no prospera.

Cargo segundo:

Se fundamenta en la ineficacia del auto mediante el cual se dispuso la reapertura de la investigación, por adolecer de defectos de motivación; y, de la providencia que resolvió la situación jurídica de los procesados Cenón Morales López y Timoteo Velandia, por apartarse en su parte dispositiva de la realidad procesal.

En verdad no se entiende la razón de ser de este reparo, ni el interés que podría tener el demandante en denunciar dichas presuntas irregularidades, si se da en considerar que la primera decisión le es favorable, y que la segunda para nada afecta su situación jurídica.

Además de esto, el casacionista, al referirse a la ineficacia jurídica de la primera de las mencionadas providencias, nada concreto dice sobre su falta de motivación, excepto que de su texto no es posible deducir si comprendía a todos los procesados y la totalidad de los hechos punibles; y, cuando alude al proveído mediante el cual se resolvió la situación jurídica de Cenón Morales López y Timoteo Valencia, guarda absoluto silencio acerca de la entidad y trascendencia de la informalidad denunciada, siendo manifiesta, por ende, su falta de sustentación.

No toda informalidad que pueda presentarse en el ejercicio de la actividad *in procedendo* afecta la validez de la actuación; ha de tratarse de irregularidades sustanciales que comprometan el debido proceso, bien porque rompen su estructura lógica, ora porque desconocen las garantías de las partes, siendo obligación del recurrente identificar el pretendido vicio, expresar sus fundamentos y demostrar su trascendencia.

Si se da en analizar el contenido de la decisión calificatoria, se advertirá que las razones que llevaron al instructor a optar por la alternativa de la reapertura de la investigación quedaron claramente especificadas en la providencia, y que las precisiones que echa de menos el libelista (denominación jurídica de los delitos y análisis individual de la situación de los indagados) resultaban innecesarias frente a la naturaleza del pronunciamiento y los motivos que lo determinaban (ausencia de los registros civiles de defunción, de los protocolos de necropsia, e incapacidad de Nidia Jazmín Leguizamón, básicamente).

Y, aun cuando la providencia ciertamente no lo dice, lógico es entender que la decisión cobijaba los distintos aspectos de la investigación e incluía todos los indagados, pues la normatividad procesal para entonces vigente no contemplaba los hoy denominados cierres parciales (artículo 438A, modificado por el 57 de la ley 81 de 1993), como para pensar que no los abarcara. Además, en ese sentido de globalidad y omnicomprensión del pronunciamiento fue entendido por todos los sujetos procesales.

La otra irregularidad que advierte el libelista, y que deduce de la circunstancia de haber resuelto el instructor la situación jurídica de los procesados Cenón Morales López y Timoteo Velandia disponiendo su libertad, sin encontrarse detenidos, no pasa de ser una inapropiada utilización de términos, sin ninguna trascendencia en el sentido de la decisión, ni en el desarrollo de la actividad procesal subsiguiente.

El cargo no prospera.

CAUSAL PRIMERA

Cargo único:

El reproche que el actor enmarca dentro de este motivo de casación, por error de derecho en la apreciación de las pruebas, contiene realmente un ataque velado a la valoración que los juzgadores de instancia hicieron de su aptitud demostrativa, de imposible alegación en esta sede, y, complementariamente, una expresión de inconformidad por no haber sido practicadas algunas pruebas, cuyo carácter de vicio *in procedendo* obligaba su planteamiento por la vía de la causal tercera, de manera autónoma.

No se discute que una de las hipótesis de error de derecho por falso juicio de convicción se presenta cuando el juzgador considera que una determinada prueba tiene tarifa legal, no teniéndola, como teóricamente lo proclama el demandante, pero este desacierto no se presentó en el caso objeto de estudio.

La valoración que los juzgadores de instancia hicieron del mérito de la prueba de alcoholemia y de los demás elementos de juicio allegados al proceso, estuvo guiada por el principio de persuasión racional, y el concreto valor demostrativo otorgado a la peritación obedeció a su carácter científico y la circunstancia de no ser el único elemento de juicio que permitía afirmar el estado de alicoramiento del procesado al momento de los acontecimientos; en modo alguno a la equivocada creencia de tratarse de un medio de convicción al cual la ley le tiene asignado el valor de prueba plena. Basta, para confirmarlo, conocer el contenido de las argumentaciones del fallo sobre este particular aspecto:

"Ahora bien, practicada inspección judicial al automóvil Monza que guiaba el señor Avella, se encontró en su interior, una botella de vidrio vacía y con su respectiva tapa a más de dos tapas-copas, con la inscripción 'Empresa Licorera de Cundinamarca', elementos hallados concretamente en la parte delantera izquierda, o sea la del conductor.

"Esta evidencia no tendría importancia alguna, sino (sic) existieran los reconocimientos médico legales practicados al procesado en mención, donde se dictamina inicialmente: 'Aliento alcohólico, nistagmus postural y pérdida de la convergencia ocular', así como orientación temporoespacial sin somnolencia o amnesia (fls. 26 y 63), después de cuatro horas de ocurrido

el accidente. Y, segundo grado de embriaguez, al obtenerse un resultado de alcoholemia de 207.0 miligramos por cien mililitros de sangre, en la muestra que le fuera tomada al señor José Edgar Avella Mariño (fls.116 y 118 c.o).

"Ciertamente, el hallazgo de rastros indicativos de que en el automotor involucrado en las diligencias se estaba consumiendo licor, aunado a la prueba pericial que establece el estado de embriaguez del conductor del mismo; nos permite asegurar sin temor a equívocos que el señor José Edgar Avella Mariño guiaba bajo el influjo de bebida embriagante, sin el lleno de sus facultades mentales y físicas".

(...)

"Con prueba científica ha quedado demostrado, que el señor José Edgar Avella Mariño la mañana de autos conducía bajo el influjo de bebida embriagante, que le impedía tener la atención requerida para el pleno control de la actividad riesgosa que desarrollaba; ocasionando el accidente en que fallecieron la señora Carmen Julia Mancilla de Leguizamón y su pequeña hija Francy Jasbleydi Leguizamón Mancilla" (Sentencia de primer grado, fls.421 y 424-1).

No es cierto, además, que la referida pericia haya sido el único soporte probatorio de la decisión de condena. También lo fueron las declaraciones de Nidia Jazmín Leguizamón Mancilla, Vicente Avila Delgadillo, Cenón Morales López y Timoteo Velandia, el informe y croquis del accidente, y el dictamen del Laboratorio de Física de Medicina Legal sobre la velocidad del vehículo, elementos de prueba de los cuales los juzgadores concluyeron que Avella Mariño conducía no sólo embriagado sino a exceso de velocidad, y sin ningún control sobre la dirección del vehículo (zigzagueante).

Si lo pretendido por el casacionista era plantear un error de hecho por desaciertos en la estimación racional de la prueba, debió demostrar que la valoración realizada por los juzgadores de instancia contrariaba los postulados de la sana crítica, tarea imposible de cumplir cuando, como acontece en el presente caso, sus conclusiones probatorias guardan correspondencia absoluta con las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia.

Incurre el libelista en un desacierto técnico más al rebatir la aptitud demostrativa de los medios de convicción allegados al proceso y pretender obtener la absolución del procesado aduciendo simultáneamente un error *in procedendo* por violación del principio de investigación integral. Pero causa mayor perplejidad que lo haga argumentando que los funcionarios judiciales dejaron de practicar pruebas cuya inoficiosidad e impertinencia vendría a resultar *prima facie* manifiesta (verificación del estado de ánimo de una de las víctimas; la existencia del cruce vehicular en la calle 9a; y, los efectos que puede llegar a producir la inhalación de un algodón impregnado de alcohol).

La constatación de las citas y demás diligencias que proponga el imputado para comprobar sus aseveraciones, ha sido sostenido por la Corte, será viable solo en la medida que su dicho revista un mínimo de racionalidad y verosimilitud, y guarde relación con los hechos, puesto que el instructor no puede orientar la labor investigativa en función exclusivamente de lo afirmado y solicitado por el procesado en su natural interés defensivo (Cfr. Segunda Instancia, nov. 26/97, Mag. Pte. Dr. Arboleda Ripoll).

Este cargo, por consiguiente, tampoco está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Pruebas

Para efectos de la acción de revisión, la prueba nueva aparecida cuando ya un proceso ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone su eficacia, o por lo menos una fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo que se cuestiona, bien porque, según el caso, demuestre la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad al momento de delinquir.

Es pues, prueba que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer durante el debate procesal y que se refiere, bien sea a un hecho por entonces desconocido, o bien sólo a algún aspecto esencial de un hecho procesalmente conocido, v. gr. una circunstancia de justificación; y la que el legislador ordena allegar con la demanda como soporte de la petición de revisión, está llamada a servir como punto de referencia a la actividad probatoria que en el evento de disponerse el trámite de la acción, desarrolla por mandato legal la Corte.

En tal virtud, las pruebas que se deben aportar con la demanda para demostrar los hechos básicos de la petición, esto es, para fundamentar la causal de revisión aducida, con independencia de su condición de apenas sumarias, deben ser las conducentes a acreditar el motivo de la reclamación, como presupuesto de forma que confiera viabilidad a la acción; tal es el sentido teleológico de los requisitos para su instauración previstos en los numerales 3° y 4° del artículo 234 del C.de P.P.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 14406

Aprobado Acta No.076

Decide la Corte lo procedente respecto de la demanda presentada a nombre del sentenciado Roberto Mancera para sustentar la acción de revisión propuesta contra la sentencia dictada el 10 de agosto de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, parcial-

mente confirmatoria de la de primera instancia emanada del Juzgado 15 Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó como autor del concurso de delitos de estafa, falsedad de particular en documento público y falsedad en documento privado

ANTECEDENTES

1. A comienzos del año de 1987 William Rincón vendió a Roberto Mancera un carro marca Toyota, modelo 1973, de placas AI 0968 por valor de un millón quinientos mil pesos que éste le pagó con tres cheques postdatados contra el Banco de Colombia de la ciudad de Ibagué, pero cuando llegó la fecha de hacer efectivo el primero, el comprador, haciendo gala de gran solvencia económica por tener negocios en el extranjero, convenció al vendedor de que le cambiara los cheques nacionales por unos que tenía para cobrar en un Banco de los Estados Unidos, ponderando ante aquél tanto su procedencia lícita como la solvencia del girador.

No obstante hallarse condicionada la legalización del traspaso documental del bien al pago de los cheques, el comprador, durante el tiempo que tardaba el canje de los nuevos títulos valores, vendió a su vez el automotor a Rosendo Arias, por intermedio de una compraventa de vehículos de propiedad de Roberto Herrera, haciendo uso de documentos falsos que incluían el traspaso y la constancia de entrega del bien previo el pago convenido, mientras que, por otro lado, los mencionados cheques resultaron impagados por 'cuenta cancelada', situación que dio origen a la denuncia por parte del dueño del vehículo.

2. El sindicado fue juzgado y condenado en contumacia como responsable del concurso de delitos de estafa, falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado, mediante el fallo cuya revisión depreca su apoderada.

LA DEMANDA

La pretendida acción de revisión tiene por apoyo legal la causal 3a. del artículo 232 del C. de P. P., por haber aparecido pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestran, según la actora, que el sentenciado no cometió los delitos por los cuales se le formuló el juicio de responsabilidad.

Refiriéndose al delito de estafa, tras hacer extensa alusión a la denuncia presentada por Rincón y su ampliación, pone en duda en algunos aspectos la veracidad de este dicho y añade que "dentro del plenario" obra otra prueba demostrativa de la inocencia de su cliente, constituida por el testimonio de Roberto Herrera, de la firma especializada en compraventa de vehículos a la que Mancera vendió primeramente el carro a que refieren los autos. De esta prueba destaca lo que considera una inexactitud

respecto al precio pactado para la negociación, terminando el punto con estas palabras:

"... entonces, ... ¿cuál es la verdad?, y de haber sido cierta la transacción realizada por mi prohijado dónde están las pruebas que demuestren el pago del saldo adeudado al señor Mancera"?

Como pruebas atinentes al delito en comentario relaciona también parte de la actuación que se cumplió en el proceso, puntualizando que al sentenciado:

"... nunca se le notificó su vinculación al proceso ..., tampoco se le comunicó sobre la resolución de acusación .... ni se realizaron labores tendientes a su localización para que ... ejerciera su defensa ...", explicando que hubo gran confusión en el envío de las comunicaciones telegráficas que se le dirigieron, y que de la sentencia en su contra sólo se enteró cuando lo capturaron, episodio a partir del cual se dio a recopilar las pruebas de su inocencia.

Como pruebas también referidas al delito contra el patrimonio económico menciona y comenta el testimonio extraproceso rendido por Darío Páramo Alturo, atribuyéndole haber dicho que:

"tuvo conocimiento de que la persona que entregó los cheques en dólares al señor William Rincón ... fue el señor Sergio Santa ...".

También el testimonio de la compañera del sentenciado, Graciela Mogollón, comentando que ésta se mostró conocedora de los términos del negocio realizado entre su compañero y el denunciante porque indicó que de los tres cheques nacionales girados a éste por aquél, el primero le fue recogido con dinero efectivo y el segundo parcialmente de igual manera, girándosele para completar su valor otro por $55.000, siendo éste el origen de un cheque por esa suma que el denunciante allegó y respecto del cual, dice, la investigación no ahondó, lo que de haberse hecho, habría arrojado un indicio de inocencia en favor del sentenciado. Seguidamente intercala alusiones a las declaraciones rendidas en el proceso por el denunciante Rincón, enfatizando que incurrió en imprecisión sobre la fecha en que por última vez se entrevistó con el sentenciado, situación que dice, tampoco fue investigada, al cabo de lo cual extrae incertidumbre sobre la fecha en que éste entregó a aquél los cheques extranjeros.

También menciona, con acotaciones a sus contenidos, los testimonios de Hermilda Ortiz y"José Hermán Ortiz" (sic) —nombre que no corresponde a ninguno de los testimonios allegados con la demanda—, que trabajaron como empleados del almacén de propiedad del sentenciado en Ibagué, agregando como conclusión que todas estas pruebas demuestran que quien le entregó los cheque de banco extranjero al denunciante fue un sujeto de nombre Sergio Santa, persona esta que, según conjetura la actora, "posiblemente negoció con Rincón ... sin conocerse el tipo de transacción ...".

Agrega que el sentenciado no engañó al denunciante sobre su solvencia económica, porque, por el contrario, las mismas pruebas denotan que era dueño de un almacén en Ibagué avaluado en más de veinte millones de pesos, y que no fue cierto que desapareciera "sospechosamente" de esa ciudad ya que lo mantuvo hasta el año 1989, de donde colige, con auxilio de una cita jurisprudencial cuya fuente bibliográfica no identifica, que en el caso en estudio "no se puede predicar la existencia de los artificios o engaños propios del delito de estafa".

Considera que "habiéndose desvirtuado" que su cliente entregó los cheques extranjeros a Rincón, "lo que existió fue una compraventa de un vehículo ... cuyo precio se cancelaría con cheques postfechados girados en moneda colombiana ..." y que éste conocía la capacidad de pago del sentenciado porque como arrendador suyo que fue del local en donde funcionó el almacén de éste, le recibió en cheques el valor de los cánones y así lo declararon los empleados cuyos testimonios extraproceso adjunta a la demanda.

Dedicando su atención a los delitos de falsedad en documento público y privado, también pregona la inocencia de su poderdante, aduciendo como prueba la declaración extrajuicio de Edgardo Almonacid Ramírez, quien, dice la actora, le atribuye las falsificaciones referidas a un individuo que fue empleado del sentenciado, llamado Hernando Montes, al que en alguna ocasión habría acompañado a una compraventa de vehículos llevando unos documentos relativos al traspaso de un carro marca Toyota y de donde salió "con cierta cantidad de dinero" de la cual le pagó a él una suma que le adeudaba, episodio éste del cual la señora apoderada infiere que no fue su cliente "la persona que entregó el traspaso ..., y mucho menos fue quien falsificó la firma, la huella digital y el documento privado ...".

Remitiéndose a las pruebas en que dice, se basó el fallador para condenar a su poderdante, la profesional considera que lo procedente era absolverlo dando aplicación al principio *in dubio pro reo*, tal como dice, lo solicitó en la audiencia pública el Fiscal.

Finalmente, bajo el titular "Prueba técnica", solicita que la Corte ordene la práctica de una experticia grafológica y otra dactiloscópica para tratar de establecer si la letra y la huella dubitadas en el proceso pertenecen al sentenciado, relacionando finalmente las pruebas que allega con la demanda.

Consideraciones de la Corte

Para efectos de la acción de revisión, la prueba nueva aparecida cuando ya un proceso ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone su eficacia, o por lo menos una fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo que se cuestiona, bien porque, según el caso, demuestre la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad al momento de delinquir.

Es pues, prueba que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer durante el debate procesal y que se refiere, bien sea a un hecho por entonces desconocido, o bien sólo a algún aspecto esencial de un hecho procesalmente conocido, v.gr. una circunstancia de justificación; y la que el legislador ordena allegar con la demanda como soporte de la petición de revisión, está llamada a servir como punto de referencia a la actividad probatoria que en el evento de disponerse el trámite de la acción, desarrolla por mandato legal la Corte.

En tal virtud, las pruebas que se deben aportar con la demanda para demostrar los hechos básicos de la petición, esto es, para fundamentar la causal de revisión aducida, con independencia de su condición de apenas sumarias, deben ser las conducentes a acreditar el motivo de la reclamación, como presupuesto de forma que confiera viabilidad a la acción; tal es el sentido teleológico de los requisitos para su instauración previstos en los numerales 3° y 4° del artículo 234 del C.de P. P.

En el caso que es materia de estudio, la actora afirma el surgimiento de pruebas no conocidas durante la investigación que denotan la inocencia de su procurado, tanto en el delito de estafa como en los de falsedad documental por los cuales fue condenado, partiendo de las pruebas testimoniales extraproceso que adjunta.

Mas ocurre que, en relación con el delito de estafa, lejos de atenerse al contenido objetivo de las actas testimoniales, las interpreta a su personal manera, en especial una de ellas, justamente la que puede catalogarse como principal: la del testimonio de Darío Páramo Alturo. Asegura la demandante, con infidelidad a lo que la prueba dice, que este ciudadano:

"... manifiesta que, tuvo conocimiento de que la persona que entregó los cheques en dólares al señor ... Rincón ... fue el señor Sergio Santa, quien se encontraba en Ibagué y le comentó que había llegado del exterior, ...' (fl. 31 cd. C.), a pesar de que lo que el acta aportada reza es:

"... en uno de esos viajes a ... Ibagué me presentaron al señor Sergio Santa, quien me contó que había llegado del exterior, que trabajaba exportando café y que tenía un negocio en la ciudad de Buenaventura, que el tenía más o menos dos mil dólares en billetes de 100 dólares y creo que 4 cheques en dólares y que estaba en la ciudad para un negocio con éstos. En dicha reunión aparte del señor Mancera y yo estaba también, el señor Rincón a quien me presentaron como dueño del local ... y el señor Montes quien me presentaron como contador ... Salimos hacia una cafetería cerca del almacén el sr. Santa, Rincón, Mancera y yo, luego el señor Santa y Rincón se retiran y se dirigen hacia el almacén.". (fl. 20 cd. C.).

Y acudiendo a un método de inferencias aplicado a los testimonios de Hermilda Ortiz y José Hernán Ortiz (fl. 33) —declaración ésta que no aparece aportada con la demanda y a quien le atribuye lo declarado por José

Armel Herrán Ortiz (fl. 23)—, insiste en señalar como autor del delito al desconocido personaje Sergio Santa, sin que ninguno de los deponentes formule tal precisión, pues tanto la primera como Herrán Ortiz, lo que dan fe es de haber trabajado en Ibagué como administradores del almacén de repuestos que fue propiedad del sentenciado, del promedio mensual de ventas, y de que jamás conocieron a alguien con el nombre del denunciante William Rincón (fls. 22 y 23); y la compañera del denunciante, Graciela Mogollón de Pérez, conocedora de la negociación entre el denunciante y el sentenciado, no explica qué sucedió con el tercer cheque nacional que dice le giró éste a Rincón, ni se atreve a involucrar en los delitos al mencionado Sergio Santa, ni al contador del almacén, Hernando Montes (fls. 21-21v.), como equivocadamente lo entiende la señora apoderada.

Además, olvidando que el motivo de revisión aducido es la aparición de pruebas desconocidas durante el debate procesal, cuestiona la veracidad de las declaraciones rendidas por el denunciante en el proceso y la ocurrencia de supuestas irregularidades que impidieron el ejercicio del derecho de defensa a su cliente, aspectos estos que, dada la circunstancia de la cosa juzgada, resultan impertinentes para incoar la acción de revisión porque su denuncia sólo procede cuando el proceso no ha terminado en forma definitiva.

En lo atinente a los delitos de falsedad en documento público y privado, la única prueba desconocida que se allega es el testimonio de Pedro Edgardo Almonacid Ramírez, persona esta que de ninguna manera avala la inocencia del sentenciado, sino que se limita a decir que en la primera quincena de marzo de 1987 acompañó a un individuo que señala como el contador de éste:

"... al señor Hernando Montes ... a reclamar un dinero a una compraventa de vehículos ubicada en el sector de chapinero, el señor Hernando llevaba un transpaso (sic) de un vehículo, al parecer lo entregó ya que él regresó con cierta cantidad de dinero ..." (fl. 24).

Siendo de tal calidad las pruebas adjuntas a la demanda, no aparece su conducencia para demostrar "los hechos básicos de la petición", como lo exige la forma de la demanda según el citado numeral 4o. del artículo 234 del estatuto procesal, siendo ésta, razón suficiente para la inadmisión de la pretendida acción, como así se decidirá.

En virtud de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. RECONOCESE a la doctora Zully Amaya Pinto, portadora de la T.P. de abogado número 83.901 del C. S. de la J., como apoderada de Roberto mancera, en los términos del mandato obrante en el informativo.

2. Rechazar *in limine* la demanda de revisión presentada a nombre de Roberto Mancera, contra la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ SANA CRITICA/ INCONGRUENCIA-Causal 2°, Causal 3ª

Bueno es, sin embargo, aclarar una vez más, como ya en múltiples ocasiones lo ha hecho la Corte coreada en ello por el Ministerio Público, que la amplitud de criterio asumida en el estatuto procesal actual sobre la técnica de la demanda que sustenta el recurso extraordinario, no ha abierto la puerta a toda alegación de inconformidad con lo decidido en la segunda instancia en que indistintamente se consignen reparos conceptualizados o no, bien sea por errores de evaluación jurídica o de actividad del sentenciador en el proceso, huérfanos de demostración y configurados sin el más leve respeto por la lógica del pensamiento en materia jurídica.

No, lo que el legislador buscó fue facilitar la primacía del derecho sustancial sobre el adjetivo, armonizando su pensamiento con el del constituyente en ese aspecto, de tal manera que una demanda concebida con las básicas premisas del artículo 225 del C. de P. P., es decir, no encasillada en conceptos formales rígidos, pero con clara exposición y demostración de los errores aducibles por este medio impugnatorio, logre acceso a la consideración del juez extraordinario, en cuanto alude a lo sustancial del reparo.

Frente a una incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, el ataque en casación puede hacerse bien por la causal 3a. o por la causal 2a. del artículo 220 del C. de P. P., porque hoy, las dos, en dicho evento, conducen a un mismo remedio, la corrección del fallo por la Corte directamente.

La Corte Constitucional, en pronunciamiento posterior a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por la Fiscalía, sentencia número C-565 del 7 de diciembre de 1993 declaró exequible la modificación introducida por la anotada ley a la pena del tipo penal del homicidio. Este fallo, con efectos erga omnes, tiene la virtud de consolidar los efectos de la ley sobre la cual recae y de extinguir la excepción de inconstitucionalidad aplicada en este caso, porque la sentencia fue proferida con posterioridad a ese pronunciamiento, sobre el cual no puede primar el de ningún funcionario, bajo ningún pretexto.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 9623

Aprobado Acta No.076

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena a Leonardo Fúquene Galindo a la pena principal de veinte años y tres meses de prisión y a la accesoria correspondiente, como autor del concurso delictual de tentativas de homicidio agravado y hurto agravado cometidos en perjuicio de Wilson Medardo Moreno Chaparro.

Hechos y Actuación Procesal

El 2 de abril de 1993, cerca de las once de la noche, cuando Medardo Moreno Chaparro esperaba el cambio de semáforo en la avenida Primero de Mayo con carrera 63 de esta ciudad capital, conduciendo su motocicleta marca Yamaha 175, un individuo, que resultó ser Leonardo Fúquene Galindo se subió intempestivamente al aparato a manera de "parrillero" y amenazándolo con un arma cortopunzante que le colocó al lado derecho de su cuerpo le ordenó desviar la marcha y después de pasar por casa de la novia de aquél lo hizo penetrar en un callejón cerca de allí, carrera 61 con calle 31 sur, donde le propinó varias cuchilladas -más de diez-, ante lo cual el agredido chocó el aparato contra un poste cayéndose ambos, momento que aprovechó Fúquene para tomar la motocicleta y rodándola pretender alejarse del lugar, pero fue interceptado por vecinos del lugar que además observaron cuando dejó caer una navaja de las llamadas "patecabra". Allí fue capturado por la Policía, mientras el ofendido, gravemente herido fue llevado al hospital del barrio ciudad Kennedy, en donde se le prestó la adecuada atención médica, quedando con deformación física de carácter permanente y perturbación también permanente del órgano urinario (fl. 202 cd. ppl. 1).

La instrucción fue abierta por la Unidad Especial permanente de Fiscalías (fl.7), ante la cual el sindicado rindió indagatoria. Por los hechos que la Fiscalía consideró constitutivos de tentativa de homicidio agravado y tentativa de hurto agravado, el 25 de agosto de 1993 lo acusó, en providencia de segunda instancia en la que, aplicando la excepción de inconstitucionalidad de la Ley 40 de 1993 consideró que la pena aplicable al atentado contra la vida era la prevista en el Código Penal sin la modificación establecida en dicha ley. (fls. 66-74 cd. ppl. 2 y 157 cd. ppl. 1).

Celebrada la audiencia de juzgamiento, dentro de la cual se practicaron algunas pruebas, el Juzgado 51 Penal del Circuito profirió sentencia

de condena por los hechos punibles que consideró estructurados, coincidentes con los que fueron objeto de la acusación fiscal, tasando la sanción por la tentativa de homicidio con observancia de la Ley 40 de 1993. Este fallo fue confirmado por el Tribunal en la sentencia que ha sido impugnada en casación por la parte acusada, señalándose como pena la relacionada al comienzo de esta providencia (fls. 252-265 cd. ppl. 1 y 3 10 cd. Tr.).

La Demanda

En criterio del defensor recurrente el fallo de la segunda instancia es violatorio de la ley sustancial —causal 1a. artículo 220 C. de P.P.— y además, no guarda consonancia con los cargos formulados en la resolución acusatoria —causal 2a. artículo 220 C. de P.P.—. Sustenta así sus planteamientos:

Cargo Primero. Violación indirecta en la modalidad de aplicación indebida, de los artículos 22, 61, 64 y 67 del C.P. y 30 de la Ley 40 de 1993 a través de la transgresión de los artículos 10, 246, 247, 248, 249, 353, 254, 256 y 261 del C. de P. P., todo ello a consecuencia de error ostensible de hecho proveniente "de la indebida apreciación y de la falta de apreciación de las pruebas".

Hubo, dice, errada interpretación de las pruebas por "falso juicio de existencia" porque la norma transgredida es el artículo 324, 7 del C.P. en armonía con el 22 del C.P. y no la Ley 40 de 1993, lo que, precisa, "concluye el *ad quem*, a incurrir en un exceso lo que constituye violación directa de la Ley, principio de favorabilidad." (negrillas fuera de texto".

Añade: a). Que "la sentencia acusada violó las reglas de la prueba, negándole estimación y alcance a la injurada y ampliación", en la que el procesado "manifestó claramente, que él no había cometido la tentativa del homicidio y así lo sustenta el arma cortopunzante que dejó caer, que no portaba huellas de sangre, etc., etc. (sic)."; b). Que su cliente no fue reconocido en fila de personas y eso genera una duda que debió resolverse en su favor, lo que implica que debe ser absuelto del delito contra la vida, o "en el peor de los casos", condenado conforme al C.P. sin la modificación respecto del homicidio introducida por la Ley 40 de 1993.

Considera corolario de sus aserciones precedentes, que "se ha desconocido, vulnerado, mal interpretado, hasta ahora el derecho de defensa ...pues es de bulto la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso..." y, que al desconocer el juez la excepción de inconstitucionalidad decretada por la Fiscalía respecto de la Ley 40 de 1993 incurrió en "falso juicio que le negó el alcance a la norma 10 C.P.P., art. 6 C.P.; y art. 45 de la Ley 153/87; concordante con los arts. 324 -7 C. P.; art. 222 decreto 100/80."; por tanto, afirma, la sentencia debe casarse parcialmente con la correspondiente reducción punitiva. Con es-

las últimas razones considera demostrado también el Cargo Segundo, pues ellas indican que el fallo no está en consonancia con la resolución acusatoria.

El Ministerio Público

Tras severa crítica a la parte técnica de la demanda debido a su farragosa redacción, como que en el escrito no se separa la demostración de las censuras que anuncia, que afirma la transgresión de múltiples normas sin coherencia alguna, que no hace la demostración de los errores que pregona; y, que además equivoca el concepto de la incongruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia basando el reclamo en el aspecto punitivo que, advierte el funcionario, "nada interesa en la construcción de un ataque de la naturaleza de la causal segunda de casación", el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, no sin puntualizar la imperatividad de la aplicación de la Ley 40 de 1993 al caso concreto por haber ocurrido los hechos en su vigencia y existir sentencia de exequibilidad de la misma, solicita la no casación de la sentencia demandada.

Consideraciones de la Corte

Traduce el escrito de demanda una tan pronunciada confusión conceptual en lo concerniente al recurso de casación, que lo primero a inferir de su facción es la inobservancia de las exigencias técnicas que imprimió el legislador de 1991 a este extraordinario medio de impugnación, pues dio vía libre a la formulación de reparos en descuidado e insustento acumulamiento, contra la sentencia de segundo grado que pone punto final a la intervención de los jueces de las instancias, sin consideración a la presunción de acierto y de legalidad de que viene precedida, como garantía de seguridad jurídica en el orden que nos rige.

Bueno es, sin embargo, aclarar una vez más, como ya en múltiples ocasiones lo ha hecho la Corte coreada en ello por el Ministerio Público, que la amplitud de criterio asumida en el estatuto procesal actual sobre la técnica de la demanda que sustenta el recurso extraordinario, no ha abierto la puerta a toda alegación de inconformidad con lo decidido en la segunda instancia en que indistintamente se consignen reparos conceptualizados o no, bien sea por errores de evaluación jurídica o de actividad del sentenciador en el proceso, huérfanos de demostración y configurados sin el más leve respeto por la lógica del pensamiento en materia jurídica.

No, lo que el legislador buscó fue facilitar la primacía del derecho sustancial sobre el adjetivo, armonizando su pensamiento con el del constituyente en ese aspecto, de tal manera que una demanda concebida con las básicas premisas del artículo 225 del C. de P. P., es decir, no encasillada en conceptos formales rígidos, pero con clara exposición y demostración de los errores aducibles por este medio impugnatorio, logre acceso a la consideración del juez extraordinario, en cuanto alude a lo sustancial del reparo.

En el caso que se estudia, la demanda habla indistintamente de violación indirecta y directa de la ley sustancial basada en el mismo supuesto fáctico-conceptual, mencionando nociones jurídicas que no desarrolla pero que así lanzadas restan claridad y precisión a la censura primera, máxime que aduce paralelamente error ostensible "proveniente de la indebida apreciación y falta de apreciación de las pruebas" y a renglón seguido, según precisa, "falso juicio de existencia porque la norma transgredida es el art. 324 - 7 C.P.; art. 22 del decreto 100/80 y no la ley 40/93" (fls. 33-34 cd. C.).

Luego objeta la sentencia porque le negó "estimación y alcance a la injurada" del acusado al no darle crédito cuando afirmó no haber cometido el delito tentado contra la vida y al no evaluar algunas de las otras pruebas con su mismo personal e interesado criterio que en últimas incluye la duda respecto de ese ilícito, de lo cuál deriva que debe ser absuelto, o "en el peor de los casos", condenado pero sin sujeción a la ley 40 de 1993 bajo cuyo imperio delinquió.

Con este planteamiento desconoce el censor la norma reguladora de la apreciación de la prueba por el juez conforme a las reglas de la sana crítica porque, omitiendo el desquiciamiento del todo probatorio considerado en la sentencia propugna por una interpretación a su arbitrio, ajena a las causales de casación a través de la cual, con una inseguridad palmar ofrece a la Corte una de estas dos alternativas: o absolver al acusado, o condenarlo pero sin imponerle la pena de la Ley 40 de 1993. Para sostener esta última afirma que hubo desconocimiento del derecho de defensa y, entonces, abandonando los supuestos errores de evaluación de la prueba que pudieran conducir a la absolución por duda del delito de homicidio tentado, reclama para que no se dé aplicación a la Ley 40 de 1993, reconociendo así tácitamente la responsabilidad íntegra de su patrocinado en el delito, pero procurando por el medio últimamente aducido, una menor punición.

Y como si lo anterior fuese poco, sin demostrar la inconcordancia entre la acusación y la sentencia, a manera de añadido del cargo primero en la parte demostrativa de los cargos que enunció como independientes en las páginas 31 y 32 de su escrito, afirma que se consolidó la causal 2a. de casación del artículo 220 del C. de P. P., ignorando la exigencia del artículo 225 de la misma normatividad, de alegar por separado cuando de diversos reparos se trata.

La precaria situación así expuesta del cargo primero impone su improsperidad.

Aunque las numerosas inconsistencias relacionadas son suficientes por sí solas para la desestimación de la demanda desde el punto de vista técnico, considera la Corte conveniente reconocer que asiste razón al censor en su teórico planteamiento de que la incongruencia de los cargos formulados en la resolución acusatoria con la sentencia constituye irregularidad sustancial del proceso con incidencia en el derecho de defensa.

Pero es de advertir que ello, el atentado a la garantía del debido proceso, solo es cierto, de llegar a presentarse esa tal desarmonía, lo que la convierte en causal de nulidad, aunque como motivo de casación aparezca contemplado sin ese distintivo en el numeral 2o. del artículo 220 del C. de P. P.

Es que la singularización de esa irregularidad sustancial del proceso no le resta la condición de error de actividad del juez, como lo son todos aquéllos de esa índole no remediables de manera distinta a la declaratoria de la nulidad. Esto implica entender, como lo ha reiterado la jurisprudencia, que frente a una incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, el ataque en casación puede hacerse bien por la causal 3a. o por la causal 2a. del artículo 220 del C. de P. P., porque hoy, las dos, en dicho evento, conducen a un mismo remedio, la corrección del fallo por la Corte directamente.

Previa esta aclaración, en el caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que el cargo provisional por atentado contra el bien jurídico de la vida formulado al procesado en la acusación de la Fiscalía fue tentativa de homicidio; esta misma imputación es la contenida en la sentencia del Tribunal porque ninguno de los elementos estructurales de ese delito imperfecto sufrió durante la fase del juicio modificación de manera que llevase a la imputación a última hora y sin observancia del derecho de defensa de otro hecho punible al acusado.

El descontento del señor demandante radica en la punibilidad del atentado que se comenta, pues aunque reconoce que el delito fue cometido en vigencia de la Ley 40 de 1993 que en su artículo 30 modificó sensiblemente la pena para el delito de homicidio y obviamente para este mismo hecho punible con las correspondientes características de los dispositivos amplificadores del tipo, reclama, convencido de que existe incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, la imposición de la pena del artículo 224.7 del C.P. antes de su modificación, basado en que la Fiscalía acusadora decidió aplicar la excepción de inconstitucionalidad a la Ley 40 de 1993 y así formular el cargo.

Ha de decirse primero que la incongruencia entre los cargos de la acusación provisional y de la definitiva que es la que contiene la sentencia, sólo tiene cabida respecto de los elementos estructurales del hecho punible a consecuencia de los cuales se declara la responsabilidad y se impone una pena, o de diminuentes claramente reconocidas en el pliego de cargos y negadas en el fallo.

Si la pena es sólo la consecuencia del delito y en ella se concreta la objeción, no puede pregonarse la incongruencia de que habla el censor; otro será el motivo de casación que deba aducirse dependiendo de si se originó en error de actividad del funcionario dentro del proceso, o de una equivocada valoración jurídica.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en pronunciamiento posterior a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por la Fiscalía, sentencia número C 565 del 7 de diciembre de 1993 declaró exequible la modificación introducida por la anotada ley a la pena del tipo penal del homicidio. Este fallo, con efectos *erga omnes*, tiene la virtud de consolidar los efectos de la ley sobre la cual recae y de extinguir la excepción de inconstitucionalidad aplicada en este caso, porque la sentencia fue proferida con posterioridad a ese pronunciamiento, sobre el cual no puede primar el de ningún funcionario, bajo ningún pretexto.

En estas condiciones, impónese la desestimación del cargo.

Inaceptables los reparos a la demanda, se decidirá de conformidad.

En mérito, La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Interés para recurrir-Apelación/ MINISTERIO PUBLICO

Ha sido criterio uniforme y pacífico de la Sala que quien no ha apelado la sentencia de primer grado ni ve desmejorada su situación como sujeto procesal con la decisión de segunda instancia fruto de la impugnación de un homólogo suyo o por efecto del grado jurisdiccional de la consulta, carece de legitimación para recurrir por la vía extraordinaria, en razón a que lo atacado en esta sede es la legalidad del fallo judicial que se presume con los atributos de veracidad y acierto, de tal manera que si habiendo podido impugnarlo se guarda silencio frente al que fue objeto de refrendación sin reformas en la segunda instancia, es porque se está conforme con la determinación del a quo -que resulta ser la misma del ad quem-, o por cualquier otro motivo no se tiene interés en que la respectiva actuación sea revisada por el superior.

Es claro que la función que la propia Carta Política le asigna al Ministerio Público, para que prevalido del interés general que conlleva la representación de la sociedad procure la salvaguarda del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales cuando quiera que éstos resulten menoscabados, no puede convertirse en argumento para pretender un tratamiento judicial diferente al que tienen los demás intervinientes en la actuación penal, por contera refractario a las normas procesales.

La condición de "sujeto procesal imparcial" que se le reconoce al Ministerio Público sirve para identificar los nobles propósitos que inspiran su intervención en la actuación penal, pero no tiene el alcance de cambiar su propia naturaleza que es en todo caso la de un sujeto procesal (Título III, capítulo II del Código de Procedimiento Penal), y por tanto obligado a asumir sus funciones (derechos y deberes dentro del trámite procesal) en pié de igualdad con las demás partes (art. 20 ibidem), sin otras limitaciones o privilegios distintos a los que expresamente le otorga el ordenamiento jurídico. Así lo advirtió esta Sala en el fallo citado por el recurrente, donde se dijo:

"El artículo 277 de la Constitución Política señala como función de este órgano de control, la de 'intervenir en los Procesos', bien ante las

autoridades judiciales ora ante las administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales' (numeral 7°). De modo que, si en un apartado diferente de la norma constitucional aparece la facultad de ejercer la vigilancia superior de quienes detentan las funciones públicas (numeral 6°), la intervención a que alude el numeral 7° sólo puede entenderse a título de sujeto procesal, pues no habría otra manera, dentro de un Proceso penal, por ejemplo, de hacer valer el orden jurídico o de implementar la defensa del patrimonio público o de procurar el respeto a los derechos y garantías fundamentales. Este modo de entender el precepto constitucional, se ha explicitado por el artículo 85 de la Ley 201 de 1995 (orgánica de la Procuraduría General de la Nación), de acuerdo con el cual 'En materia penal el Ministerio Público intervendrá, como sujeto procesal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales' "(Octubre 15 de 1997. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., junio dos (2) de mil novecientos noventa y ocho. (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 14072.

Aprobado Acta No. 77

VISTOS

Conforme a lo normado en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, se ocupa la Sala de la solicitud del Procurador Judicial 61 en lo Penal, quien fungió como Ministerio Público en las dos instancias, relacionada con el asunto penal seguido en contra del procesado Marco Antonio Ramírez Aldana, con miras a que se le conceda el recurso extraordinario de casación que interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, confirmatoria de la condena impuesta al acusado por el concurso de hechos punibles de estafa, falsedad en documento privado y destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado.

ANTECEDENTES

Mediante el prematuro juzgamiento estatuido en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, en fallo del 20 de junio de 1997, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santiago de Cali condenó a Marco Antonio Ramírez Aldana a purgar 52 meses y 24 días de prisión y a sufragar a título de multa la suma de $3.009.26, como autor penalmente responsable del concurso de hechos punibles de estafa, falsedad en documento privado y destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado.

La sentencia, impugnada únicamente por el procesado y su defensor, fue confirmada sin ninguna modificación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

El señor Procurador Judicial 61 en lo Penal, interpuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo de segunda instancia habiéndosele denegado por el Tribunal al considerar que el agente del Ministerio Público carecía de interés jurídico para impugnar esta decisión por no haber recurrido contra la sentencia de primer grado, puesto que, como lo ha expresado claramente la Corte, "*La impugnación extraordinaria deviene procedente sólo cuando el sujeto procesal ha interpuesto la alzada como paso previo para controvertir la sentencia de mérito, o cuando sin haber apelado directamente, el fallo de segundo grado afecte su situación jurídica*".

Inconforme con tal decisión, el Procurador Judicial solicitó las copias pertinentes con la finalidad de interponer el recurso de hecho y, expedidas éstas, cumplió su cometido presentando un escrito mediante el cual argumenta que a diferencia del criterio sostenido por el Tribunal, a él como representante de la sociedad sí le asiste interés legítimo para recurrir en casación en el evento sub júdice por virtud de lo dispuesto en el artículo 277-7 de la Carta Política, norma que reseña las funciones de la Procuraduría General de la Nación.

Aduce el impugnante que aunque no desconoce las exigencias que por vía de interpretación ha señalado la Sala para que se tenga interés o se esté legitimado para recurrir en casación, tales como "*haber recurrido el sujeto procesal el fallo de primera instancia salvo, que la sentencia le agrave la situación jurídica, o sea consultable (sic), o se le haya vulnerado el derecho a recurrir*", esa misma labor hermenéutica debe aplicarse en su caso si se tiene en cuenta que no es dable equiparar la intervención de los sujetos procesales en el trámite penal porque mientras el Ministerio Público actúa regido por un "interés general", atribución que le es propia cuando a sus agentes la norma Superior en cita los faculta para "intervenir"en asuntos criminales "Cuando sea necesario"en procura del restablecimiento del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales quebrantados, los demás lo hacen guiados por un "interés particular".

Con apoyo en citas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de esta Corporación con ponencia de quien hoy cumple similar cometido acerca del interés común que le asiste al Ministerio Público y de su condición de sujeto procesal imparcial en el Proceso penal, respectivamente, pregona el libelista que esas "restricciones" que nacen de un interés particular y que la misma Constitución no fija, no tienen por qué predicarse del mentado órgano de control puesto que su intervención "*no puede ser vista de la misma forma de los demás sujetos procesales dado que, se reitera, su especial condición lo hace ajeno a exigencias surgidas de un interés que no le es propio*", situación ésta que lo legitima para recurrir en casación, motivo

por el cual solicita a la Corte que así lo ordene para poder "*acceder al trámite subsiguiente*".

Dispuesto el rito previsto en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, el interesado guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aunque el recurrente omitió cumplir con la obligación que le impone el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal de sustentar el recurso de hecho en el plazo allí fijado, nada se opone a que la Sala acometa su estudio al dar por satisfecha esta carga con el escrito mediante el cual exora la impugnación extraordinaria y da los motivos que considera suficientes para lograrla.

En punto a la cuestión debatida, encuentra la Corte que el Tribunal está asistido de razón para negar el recurso de casación impetrado, porque como bien lo advierte el recurrente ha sido criterio uniforme y pacífico de la Sala que quien no ha apelado la sentencia de primer grado ni ve desmejorada su situación como sujeto procesal con la decisión de segunda instancia fruto de la impugnación de un homólogo suyo o por efecto del grado jurisdiccional de la consulta, carece de legitimación para recurrir por la vía extraordinaria, en razón a que lo atacado en esta sede es la legalidad del fallo judicial que se presume con los atributos de veracidad y acierto, de tal manera que si habiendo podido impugnarlo se guarda silencio frente al que fue objeto de refrendación sin reformas en la segunda instancia, es porque se está conforme con la determinación del a quo -que resulta ser la misma del *ad quem*-, o por cualquier otro motivo no se tiene interés en que la respectiva actuación sea revisada por el superior.

En el asunto sub lite es claro que los únicos sujetos procesales que impugnaron el fallo proferido en el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali fueron el procesado y su defensor, quienes acudiendo a una de las previsiones que los habilitaba para excitar la segunda instancia no empece tratarse de la terminación anticipada del Proceso por la vía del artículo 37 del estatuto procesal penal, interpusieron el recurso de alzada en procura del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Es claro que la función que la propia Carta Política le asigna al Ministerio Público, para que prevalido del interés general que conlleva la representación de la sociedad procure la salvaguarda del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales cuando quiera que éstos resulten menoscabados, no puede convertirse en argumento para pretender un tratamiento judicial diferente al que tienen los demás intervinientes en la actuación penal, por contera refractario a las normas procesales.

La condición de "sujeto procesal imparcial" que se le reconoce al Ministerio Público sirve para identificar los nobles propósitos que inspiran su

intervención en la actuación penal, pero no tiene el alcance de cambiar su propia naturaleza que es en todo caso la de un sujeto procesal (Título III, capítulo II del Código de Procedimiento Penal), y por tanto obligado a asumir sus funciones (derechos y deberes dentro del trámite procesal) en pie de igualdad con las demás partes (art. 20 Ibídem), sin otras limitaciones o privilegios distintos a los que expresamente le otorga el ordenamiento jurídico. Así lo advirtió esta Sala en el fallo citado por el recurrente, donde se dijo:

"El artículo 277 de la Constitución Política señala como función de este órgano de control, la de 'intervenir en los Procesos', bien ante las autoridades judiciales ora ante las administrativas, "'cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales' (numeral 7). De modo que, si en un apartado diferente de la norma constitucional aparece la facultad de ejercer la vigilancia superior de quienes detentan las funciones públicas (numeral 6), la intervención a que alude el numeral 7 sólo puede entenderse a título de sujeto procesal, pues no habría otra manera, dentro de un Proceso penal, por ejemplo, de hacer valer el orden jurídico o de implementar la defensa del patrimonio público o de procurar el respeto a los derechos y garantías fundamentales. Este modo de entender el precepto constitucional, se ha explicitado por el artículo 85 de la Ley 201 de 1995 (orgánica de la Procuraduría General de la Nación), de acuerdo con el cual 'en materia penal el Ministerio Público intervendrá, como sujeto procesal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales' (Octubre 15 de 1997. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

No es entonces con el abstracto argumento del "interés general" ni con la escueta y tardía consideración de que es "necesaria" su intervención en el asunto, como el censor debió acreditar su real y legítimo interés para atacar por la vía extraordinaria un fallo que en la instancia no le mereció el más mínimo reproche, no obstante que a diferencia del procesado y de su defensor ninguna restricción lo ataba para impugnarlo total o parcialmente.

Es que si el agente del Ministerio Público como todos los demás sujetos procesales recibe notificación de la sentencia de primer grado, resulta incomprensible que decline el deber de defender el orden jurídico o de activar el interés por los derechos o garantías fundamentales en el momento oportuno, esto es cuando se produce la decisión de primera instancia donde supuestamente se presentan las hipótesis que demandan su cuidado y control, para intentar luego su rescate en la extraordinaria sede de casación, a donde pretende llegar trocando la paritaria condición de sujeto procesal que implica el sometimiento a la regulación legal del derecho de postulación por la de privilegiado impugnante *per saltum*.

El desatino del quejoso se hace más patético si se repara en que de no haber sido por la apelación interpuesta por el procesado y su defensor, en el presente caso la sentencia de primera instancia habría alcanzado ejecutoria en el juzgado, sin posibilidad de ser atacada en casación por ningún sujeto procesal, incluido el representante del Ministerio Público.

Como se ve, no es lógico intentar el extraordinario recurso contra la decisión del ad quem que se ha limitado a refrendar el fallo de primera instancia, cuando tal impugnación proviene de quien ningún reparo ha hecho, habiendo podido hacerlo, contra la sentencia que ha sido homologada a expensas de otro sujeto procesal o como consecuencia de la revisión por vía de consulta.

Como corolario de lo que viene de exponerse, y por carecer de interés jurídico para ello, la Sala declarará bien denegado el recurso de casación interpuesto por el señor Procurador Judicial 61 en lo Penal contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Cali, por cuyo medio confirmó la condena impuesta a Marco Antonio Ramírez Aldana.

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

RESUELVE:

1. *Declarar* correctamente denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador Judicial 61 en lo Penal contra la sentencia de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados en la parte orgánica de este proveído.

2. De conformidad con lo previsto en el inciso 1° del artículo 210 del Código Procesal Penal, se ordena remitir la actuación al inferior para que forme parte del expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Concepto de la Corte Suprema de Justicia

De acuerdo con los artículos 549 y 558 del Código de Procedimiento Penal, el objeto del concepto de la Corte para extradición se refiere a la validez formal de la documentación presentada: la demostración plena de la identidad del requerido; el cumplimiento del principio de la doble incriminación, especificado por el hecho de que el delito en Colombia tenga prevista una pena cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años: la constatación de equivalencia entre la resolución de cargos producida en el exterior y cualquiera de las formas que consagra nuestro ordenamiento procesal penal; y, cuando fuere el caso, la observación de lo previsto en los tratados públicos.

Si la extradición es un dispositivo de solidaridad y asistencia para evitar la impunidad del delito cometido en territorio extranjero, la confrontación de sanciones debe hacerse de acuerdo con el marco punitivo actualmente vigente, pues siempre se entiende que la negación de ese apoyo solicitado supone que el Estado reacio, en este caso las autoridades colombianas, hará uso del principio de jurisdicción universal, conforme con el cual ellas podrán juzgar al extranjero en el territorio patrio, si es que no quieren aparecer como factor de impunidad ante la comunidad internacional (C. P., art. 15, numeral 6, literal d). Con la tesis de que el objeto de comparación debieran ser las penas previstas en Colombia para el momento en que se cometió el hecho en otro país, la paradoja y el sofisma exculpativo de la colaboración serían evidentes: no se concede la extradición por falta en el monto de la pena mínima prevista para el momento de los hechos (no a la hora de la petición), pero también se negaría el juicio del requerido en nuestro territorio porque esa misma cantidad de punición tampoco alcanzaría para activar el principio de jurisdicción mundial, conforme con el literal b) del precepto antes citado.

Corte Suprema de Justicia - *Sala de Casación Penal* - Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y ocho. (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13701

Aprobado Acta N° 77

VISTOS

De acuerdo con los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, vencido el término de traslado para alegar, le corresponde a la Corte emitir concepto sobre la extradición del ciudadano argentino Sergio Esteban Stolenmacher Gandelman, según solicitud que hace el Gobierno de los Estados Unidos de América.

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho hace saber a la Sala que el Gobierno de los Estados Unidos de América, por medio de Nota Verbal N° 748 del 12 de septiembre de 1997, solicitó la extradición del mencionado ciudadano, quien se encuentra en territorio colombiano y fue capturado con ese fin el 28 de julio del mismo año, según resolución expedida por el Fiscal General de la Nación.

Se basa la petición en el hecho de que la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Central de California (Los Angeles) ha formulado acusación en contra del ciudadano Sergio Esteban Stolenmacher Gandelman, según resolución N° CR-97-57-WDK del 17 de enero de 1997, por los delitos de "conspiración", "malversación de fondos pertenecientes al Departamento de Educación de los Estados Unidos"y "lavado de dinero", distribuidos en dieciséis (16) cargos, según conductas desplegadas entre agosto de 1989 y marzo de 1995, en cuantía aproximada de US$ 6 millones de dólares, cuando el actor operaba, en su condición de propietario, varias de las denominadas Escuelas Americanas IADE que funcionaban en Los Angeles, California, y Florida. Estas instituciones habían recibido del Gobierno Norteamericano fondos federales denominados "Subvenciones Pell", por valor de US$ 57 millones de dólares, que estaban destinados al pago de la educación y enseñanza de estudiantes económicamente necesitados, pero el Director se apropió de la suma antes indicada, efecto para el cual mintió en información del número de matriculados que asistían a su escuela. Sin tener derecho, dicho dinero fue ingresado a las cuentas bancarias de la IADE o de su Director, mediante la firma de los respectivos cheques, y después usado en provecho personal del último.

LA ACTUACIÓN

1. El Ministerio de Relaciones Exteriores entregó al Ministerio de Justicia y del Derecho la documentación conducente a la extradición del ciudadano argentino Sergio Esteban Stolenmacher Gandelman, concretamente la solicitud formalizada por la Embajada de Estados Unidos de América y el original de la resolución de acusación N° CR-97-57-WDK del 17 de enero de 1997, que dictó la Corte del Distrito Central de California.

En el mismo oficio de remisión, el Ministerio de Relaciones Exteriores pone de presente que, ante la ausencia de Tratado de Extradición aplicable entre los dos países, el trámite debe impulsarse de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

2. El defensor del requerido propuso la consideración y práctica de algunas pruebas, en especial que se tuviera en cuenta una copia informal de una Primera Acusación Sustitutiva ("First Superseding Indictment"), pues, según el criterio del solicitante, allí se realizaba un cambio en la carga acusatoria de su defendido (fl. 13).

3. El mencionado documento fue rechazado por falta de autenticidad, no obstante lo cual la Corte, de oficio, pidió a la Embajada de Estados Unidos la certificación conducente sobre la eventualidad del insinuado cambio en la acusación (fl. 28). El Gobierno extranjero responde que en realidad se produjo una primera acusación sustitutiva en cuanto al coprocesado Keneth Williams, quien no ha sido solicitado en extradición, y no en relación con el requerido Stofenmacher Gandelman (fl. 57).

4. En un escrito presentado el 27 de enero del año en curso, el defensor le solicita a la Corte que no prosiga el trámite de extradición de su asistido, debido a que fue modificado el artículo 35 de la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo N° 01 de 1997 (diciembre 16), norma que, según lo entiende el peticionario, prohíbe la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a su promulgación, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. Por la entidad del asunto planteado, y habida cuenta que el expediente en aquel entonces estaba dispuesto para la práctica de pruebas, la Sala difirió la respuesta para el momento procesal que hoy precisamente se encara (fl. 40, 47 y 49).

ALEGATO DE PARTE

El defensor opina que no es procedente la extradición de su pupilo y trae los siguientes fundamentos:

Reitera que en este caso es aplicable el Acto Legislativo N° 1 de 1997, reformatorio del artículo 35 de la Constitución Política, de cuyo contenido emerge que en Colombia no habrá lugar a la extradición por hechos cometidos antes del 17 de diciembre del año citado, fecha de vigencia de la reforma, pues, según se ha constatado, al acusado se le imputan conductas delictivas ocurridas entre agosto de 1989 y marzo de 1995.

Sostiene que en realidad sólo puede tenerse en cuenta para este concepto la resolución sustitutiva o reemplazante, cuya copia aporta ya traducida al español, de acuerdo con la cual en contra del acusado que defiende sólo persiste el único cargo por el delito de conspiración. Agrega que las dos autenticaciones del documento de acusación sustitutiva (notarial y consular) son suficientes como indicio de su existencia, elemento que se sobrepone a la escueta respuesta que ofreció la Embajada de Estados Unidos de América a la petición de la Corte, pues no bastaba una Nota Diplomática, sino que era necesario adjuntar la copia de la respectiva resolución reemplazante.

Señala que no se cumple el requisito de la doble incriminación entre la figura de la conspiración, en la legislación americana, y el concierto para delinquir en la nuestra, pues, no obstante que ambas exigen para su consumación un número plural de personas como sujetos activos, la primera obedece a un fin determinado, específico, unívoco y convergente; mientras que el segundo delito corresponde a un propósito de cometer otros hechos punibles indeterminados. Además, el concierto para delinquir supone una permanencia espacio-temporal entre los asociados; mientras que la conspiración de la legislación americana corresponde más bien a una "coparticipación criminal específica". En este punto relieva que no comparte la relación de identidad que fue declarada por la Corte en la decisión del 2 de octubre de 1994, cuya ponencia desarrolló el magistrado Edgar Saavedra Rojas.

De igual manera, afirma el abogado, si no fuere convincente el anterior argumento, basta determinar que tampoco se cumple el requisito de la penalidad dispuesto en el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que el delito tenga prevista pena cuyo mínimo no sea inferior a 4 años, dado que el concierto para delinquir para la época de los hechos estaba sancionado con prisión de 3 a 6 años.

En cuanto al cargo de malversación de fondos públicos, presentado de acuerdo con la legislación del país requirente, se le ocurre al defensor que debe buscarse la correspondencia con el delito de peculado por apropiación extensivo de nuestro ordenamiento, acorde con los artículos 133 y 138 del Código Penal vigentes para la época de los hechos, cuya pena oscilaría entre 2 y 10 años de prisión. En efecto, el valor de los cheques convertidos se estima en US$11.075.oo dólares, que al cambio de la fecha de alegatos ($1.361.oo) se concretaría en la suma de $ 15.073.075.oo pesos, cantidad que resulta inferior a los $19.190.217.oo pesos, que es el equivalente actualizado a los $ 500.000.oo cuya superación se estima como agravante en el inciso 2 del texto original del artículo 133 citado, de acuerdo con la Sentencia C-070 de 1996, obra de la Corte Constitucional.

De este modo, agrega el defensor, tampoco habría lugar a la extradición porque la pena mínima del delito de peculado sería inferior a 4 años de prisión.

Para el caso de lavado de dinero correspondiente al Gobierno de los Estados Unidos, conducta delictiva que consiste en que el acusado hizo transacciones posteriores con el numerario ilícitamente obtenido, el profesional estima que un primer intento de concretar la doble incriminación debe hacerse en relación con el delito de receptación, pero ocurre que en Colombia esta imputación sólo puede hacerse a quien no haya participado en el delito, pues, de lo contrario, se violaría el principio del *non bis in idem*.

Otras posibilidades de conciliación normativa podrían estar en la Ley 190 de 1995, pero este ordenamiento no sería aplicable porque los hechos son anteriores a su vigencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con los artículos 549 y 558 del Código de Procedimiento Penal, el objeto del concepto de la Corte para extradición se refiere a la validez formal de la documentación presentada; la demostración plena de la identidad del requerido; el cumplimiento del principio de la doble incriminación, especificado por el hecho de que el delito en Colombia tenga prevista una pena cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años; la constatación de equivalencia entre la resolución de cargos producida en el exterior y cualquiera de las formas que consagra nuestro ordenamiento procesal penal; y, cuando fuere el caso, la observación de lo previsto en los tratados públicos. En su orden, los fundamentos y requisitos para el caso concreto se verifican de la siguiente manera:

A. La validez formal de la documentación exhibida es indiscutible por obra de una autenticación en cadena. En efecto, conforme con el artículo 259 del C. de P. Civil, el Consulado de Colombia en Washington certifica que es genuina la firma del Oficial de Autenticaciones del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, así como también existe seguridad sobre la procedencia del sello utilizado en el documento N° 9719859-2. A su vez, la Procuradora General, Jefe del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, certifica la firma de la Directora de la Oficina de Asuntos Internacionales, División de lo Penal, adscrita a dicho Departamento. Y esta última funcionaria expresa fehacientemente "que los documentos que se adjuntan procedentes de la Oficina del Procurador de los Estados Unidos, Distrito Central de California, Estados Unidos de América, son documentos verídicos y auténticos que han sido preparados en relación con la petición formulada por Estados Unidos para la extradición de Sergio Esteban Stofenmacher de Colombia"(cuaderno anexo N° 2, fl. 1-5).

B. La identidad plena del solicitado se acredita con las referencias de la Nota Verbal N° 748 y la declaración jurada en apoyo de la petición de extradición, rendida por el fiscal federal Jonathan S. Shapiro, documentos según los cuales Sergio Esteban Stofenmacher es varón argentino, nacido el 3 de febrero de 1957 en Buenos Aires (Argentina), descrito como persona de raza blanca y de ascendencia alemana, de 5 pies y 5 pulgadas de estatura, 180 libras de peso, con pelo castaño y ojos azules. Es poseedor del pasaporte argentino N° 6.503.506, la tarjeta de seguridad social de los Estados Unidos N° 550-83-1027, y la licencia de conducción N° C5188008 expedida en California (carpeta de solicitud, fl. 20; y cuaderno anexo N° 2, fl. 19).

Esta identidad nominal y física ha sido confirmada por el propio requerido, pues ante la Corte siempre se ha presentado con el número de pasaporte antes indicado (cuaderno principal, fls. 2 y 8).

Con la demostración relevada, además, se tiene que el ciudadano requerido no es un nacional colombiano de nacimiento, condición que es necesario verificar para hechos cometidos antes de la vigenciadel Acto Legislativo N° 1 de 1997 (diciembre 16), que modificó el artículo 35 de la Constitución Política, pues en tales eventos está proscrita la extradición.

C. En este momento, evacuados aquellos dos requisitos formales de procedibilidad, es oportuno discernir sobre el ámbito de aplicación personal de la prohibición de retroactividad introducida en el inciso final del renovado artículo 35 de la Carta Fundamental, pues el defensor piensa que la norma no hace distinción entre nacionales y extranjeros para dispensar ese tratamiento exceptivo por razón del tiempo de los hechos. El precepto en cuestión actualmente dice:

"Art. 35. Modificado. Acto Legislativo 01/97, art. 1°. La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto con la ley.

"Además, la extradición de colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia.

"La extradición no procederá por delitos políticos.

"No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma".

La Sala ya había examinado el tema en decisión del 16 de abril pasado, cuya ponencia correspondió al magistrado Jorge Córdoba Poveda, y dispuso una interpretación histórica y teleológica del precepto citado conforme con las siguientes precisiones:

A partir del Código Penal de 1890 (art. 18), pasando por la vigencia de la Ley 24 de 1936 (arts. 1° y 3°) y del Estatuto Penal de 1936 (art. 9°), y aún con el vigor del artículo 17 del actual ordenamiento punitivo (Decreto 100 de 1980), se destacan dos elementos constantes en materia de extradición: "su improcedencia para delitos políticos y su permisión cuando se trata de extranjeros". De igual manera, en dicho recorrido histórico, se verifica que lo que sí ha sido materia de controversia y, por ende, objeto de regulares cambios legislativos, según la correlación de fuerzas dominantes en el Congreso, ha sido la extradición de nacionales.

La mencionada discusión se trasladó también al ámbito de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, aunque siempre circunscrita a la extradición de colombianos por nacimiento, órgano en cuyas decisiones la prohibió por razones de soberanía nacional y para garantizar a los propios

un "juicio natural", sin el extrañamiento de jueces, leyes e idiomas de otras latitudes. En el mismo texto constitucional se negó la extradición de extranjeros, como ha sido la tradición universal, pero sólo por delitos políticos o de opinión.

Ya en la reforma constitucional de 1997, de acuerdo con las discusiones y sus resultados, se avanzó en un cambio de paradigma para la sustentación del nuevo texto, pues se consultaron no sólo razones de conveniencia nacional sino también del concierto internacional, sobre todo la solidaridad internaciones en la lucha contra el crimen multinacional organizado, motivos suficientes para volver a acceder a la extradición de colombianos por nacimiento, aunque con la prevención de que, como el tema estaba absolutamente proscrito en el texto que se iba a modificar, el cambio sólo afectaría a las personas comprometidas en hechos realizados con posterioridad a la vigencia del correspondiente acto legislativo.

"De todos modos -dice la decisión evocada-, tanto en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como al discutirse el proyecto que dio lugar al Acto Legislativo número 1 del 16 de diciembre de 1997, reformatorio del artículo 35 de la C. P., las deliberacinnes únicamente versaron sobre la extradición de los nacionales, pues con relación a los extranjeros, siempre ha habido acuerdo, lo que explica la constancia de la normatividad al respecto.

"Es más, de manera expresa algunos congresistas sostuvieron que la reforma objeto de estudio se refería sólo a los nacionales colombianos por nacimiento, descartándose cualquier posibilidad de modificación respecto de los extranjeros. Además, porque aquellos habían sido la razón de la existencia del proyecto de Acto Legislativo.

"Sobre este importante punto, la doctora Piedad Córdoba de Castro, Senadora de la República, al complementar las razones que la llevaron a prohijar la iniciativa sobre extradición de nacionales, expresó:

'Ahora bien, si cada Estado tiene el derecho soberano de juzgar y sancionar las conductas punibles que se cometen en su territorio, sea por parte de sus nacionales o de extranjeros, ante la fuga del delincuente ese derecho se extiende a solicitar su entrega al Estado en donde se refugió -así sea el suyo propio- para que la conducta no quede impune. Tal derecho surge de la solidaridad internacional, del deber moral de los Estados de colaboración, de la necesidad de no convertirse en cómplices del delito.

'Nunca se ha discutido que un Estado pueda entregar a los extranjeros que se refugian en su territorio. La discusión surge cuando son sus nacionales quienes luego de violar las leyes de otro Estado, se refugian en su patria'.

Con la agregación del inciso de la prohibición de retroactividad del acto legislativo, hecho que se produjo en la segunda vuelta y en la Plenaria del

Senado, a instancias del Senador Salomón Náder Náder, se suscitaron inquietudes y polémicas porque el texto adicionado parecía incluir también a los extranjeros, mas a la vez surgieron aclaraciones del Senador Carlos Espinosa Faccio-Lince y del mismo Presidente de la Corporación, que la providencia reseñada puntualmente destaca en los siguientes términos:

"Senador Espinosa Faccio-Lince:

'Gracias, simplemente para aclarar creo que la Señora Canciller está en un equívoco, aquí únicamente hemos regulado lo relativo a la extradición de nacionales, la de extranjeros no se ha tocado y sigue en el mismo régimen en que se encontraba, así que eso no afecta para nada los tratados suscritos por Colombia y que estén vigentes'.

"Presidente del Senado:

'Yo quiero reiterar: la aclaración que en su momento hizo el Senador Salomón Náder, en el sentido de que el texto que él propuso viene a ser aditivo del inciso segundo, de tal suerte que al hacerse referencia al tema de la retroactividad de la aplicación de esta norma se está refiriendo a nacionales'.

"Aceptada la modificación en el Senado y surtido el resto del trámite de rigor, el inciso sobre no retroactividad transcrito quedó incluido en el texto constitucional que hoy nos rige.

"Por consiguiente, consultadas la finalidad buscada por la reforma, como fue la de derogar la prohibición de extraditar nacionales colombianos por nacimiento, la evolución histórica de la institución y los antecedentes que precedieron al Acto Legislativo, no cabe duda para la Sala que la excepción de no retroactividad de la extradición del último inciso del artículo 35 de la Constitución Política sólo hace referencia a ellos, pues como quedó visto, ese fue el espíritu de sus redactores, sin que por nadie se hubiera propuesto ni discutido que se restringiera la extradición de los extranjeros, salvo la limitación ya existente en relación a los delitos políticos, en forma tal que no pueden considerarse incluidas en la disposición personas a quienes no se quiso involucrar y sobre cuya extradición sin restricciones, exceptuados los delitos políticos, siempre ha habido acuerdo y, por lo mismo, permanencia normativa".

D. La equivalencia en materia de cargos endilgados también es manifiesta, pues el Estado requirente aporta una copia de la acusación N° CR-97-57-WDK del 17 de enero de 1997, aprobada por el Gran Jurado y propuesta ante el Tribunal Federal de Primera Instancia para el Distrito Central de California, acto que, por su forma y contenido, se equipara a la resolución de acusación prevista en nuestro ordenamiento procesal penal (cuaderno anexo N° 2, fl. 37).

En efecto, si se toma como guía de comparación las previsiones de los artículos 441 y 442 del C. P. P., fácilmente puede verificarse que la resolución del Tribunal Norteamericano contiene una relación detallada de antecedentes y hechos ("Alegatos Introductorios"); se refiere en forma separada y pormenorizadamente a cada uno de los cargos por los delitos de Conspiración, Conversión de fondos públicos y lavado de dinero, con indicación clara de todos los actos que ponen de manifiesto cada hecho punible, las fechas y modos de su realización, el objeto sobre el cual recayó, los medios utilizados y las normas violadas.

Ahora bien, conviene aclarar que la examinada resolución acusatoria vincula a Sergio Esteban Stofenmcher Gandelman y Keneth Williams, mas, según lo informa la Embajada Americana, las autoridades judiciales de ese país produjeron una acusación sustitutiva sólo en relación con el segundo. En efecto, una expresa solicitud de aclaración sobre este último aspecto fue respondida de la siguiente manera:

"La Embajada se permite informar al Ministerio que la siguiente respuesta fue recibida del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en relación con la pregunta de la Corte Suprema de Justicia sobre si una resolución de acusación sustitutiva fue dictada en febrero de 1997 en contra del señor Stofenmacher: 'Aunque una resolución de acusación sustitutiva fue dictada, ella aplica únicamente al co-acusado en el caso. Por lo tanto, no se han dictado nuevos cargos contra el señor Stofenmacher, los cargos originales no han sido modificados, ni ninguno de los cargos contra el señor Stofenmacher ha sido retirado'" (cuaderno anexo N° 2, fl. 57. Se ha subrayado).

La Embajada Americana, con toda razón, no envió copia auténtica de la resolución sustitutiva, pues ésta se refiere sólo al coprocesado Keneth Williams, quien obviamente no está solicitado ni sometido al trámite de extradición. De modo que, contrario a lo que piensa el defensor, no existe ninguna señal relevante que habilite a la Corte para poner en duda la seria respuesta enviada por la autoridad requirente.

E. Sigue entonces el análisis de la realización del principio de la doble incriminación y, atendidas las inquietudes de la defensa, la Sala ofrece los siguientes argumentos:

E.1 El Título 18, Sección 371 del Código de los Estados Unidos consagra el delito de "Conspiración para cometer delito o defraudar a los Estados Unidos", que se realiza "Si dos o más personas conspiran ya sea para cometer algún delito contra los Estados Unidos o para defraudar a los Estados Unidos, o a cualquier entidad del Gobierno de los Estados Unidos de cualquier forma o para cualquier propósito, y una o más de esas personas efectúan cualquier acto para realizar el objeto o la conspiración..." (cuaderno anexo N° 2, fl. 86).

El precepto se refiere genéricamente al concierto para "cometer algún delito"(no determinado delito), razón por la cual, aunque con mayor casuismo, materialmente guarda consonancia con la regulación del hecho punible de "Concierto para delinquir" que trae el artículo 186 del Código Penal Colombiano, modificado por el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, básicamente porque los delitos de conspiración y concierto para delinquir, en ambas legislaciones, son figuras autónomas y sancionadas independientemente de que los hechos punibles concertados se llegaren a cometer. Aunque la pena inicial del delito de concierto oscila entre 3 y 6 años de prisión, de todas maneras el mínimo supera el límite de los cuatro (4) años, dada la posibilidad de duplicarla o triplicarla para quien organice, promueva, dirija, encabece o financie el concierto o la asociación para delinquir, que son las condiciones especiales que se le atribuyen al solicitado, cuando la acusación lo refiere como el encargado de dar las instrucciones a un grupo de subalternos para ocultar el número real de estudiantes asistentes a la escuela y de ordenar a otros los depósitos para el extravío del dinero ilícitamente apropiado.

Ahora bien, la comparación de marcos punitivos, con el fin de verificar el mínimo imponible para efectos de extradición, ha de hacerse de acuerdo con la legislación vigente en Colombia al momento del respectivo trámite, no de la que regía en la época de los hechos, pues el objeto de este concepto es una eventual cooperación para evitar la impunidad y no un juicio de responsabilidad penal que concierne es a la autoridad extranjera, pues sólo una facultad de esta última naturaleza justificaría la aplicación del principio de favorabilidad.

La Sala ha definido la inquietud en sendas providencias del 15 de febrero de 1995 (M. P. Edgar Saavedra Rojas) y 22 de mayo de 1996 (M. P. Juan Manuel Torres Fresneda), en la primera de las cuales se dijo lo siguiente:

"Ante todo debe recordársele al defensor que la extradición tiene como finalidad, ser un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre diversos Estados para lograr la entrega del sentenciado o infractor al Estado en cuyo territorio se cometió el hecho y del cual logró evadirse.

"La pretendida aplicación del principio de favorabilidad carece de razón, por cuanto que la Sala no debe emitir un juicio de responsabilidad penal contra el requerido, que parece así entenderlo el defensor, sino que con los parámetros que fijó el legislador examina la procedencia o no de la solicitud de extradición, y uno de esos parámetros es que el quantum punitivo tenga como mínimo, en esta época y no cuando se cometió el delito, pena de prisión de cuatro (4) años, situación que se estructura a cabalidad en este trámite, el cual se inició en vigencia de la ley 30 de 1986.

"Una cosa es el Proceso penal que le corresponde a las autoridades extranjeras adelantarlo conforme a su legislación y otro muy distinto es el

trámite especial de extradición que se surte en nuestro país, conforme al cual la Corte de manera objetiva examina la procedencia con base en la documentación aportada por el Estado requirente y en la normativa vigente al momento de la petición u ofrecimiento.

"El principio de favorabilidad tendría operancia si la Corte en lugar de conceptuar tuviera que cumplir funciones de instancia o de Tribunal de Casación para imponer la pena; pero aquí la pena tiene relevancia únicamente para llenar un requisito de procedibilidad, que evidentemente es de aplicación inmediata por tratarse de una norma procesal sin contenido sustancial. Las normas que contemplan el trámite de extradición en el Código de Procedimiento Penal Colombiano no tienen el carácter de sustanciales, como parece entenderlo erradamente el defensor y esa es la razón por la cual la garantía constitucional invocada resulta inaplicable en los términos en que ha sido planteada" (el énfasis pertenece al texto).

Además, si la extradición es un dispositivo de solidaridad y asistencia para evitar la impunidad del delito cometido en territorio extranjero, la confrontación de sanciones debe hacerse de acuerdo con el marco punitivo actualmente vigente, pues siempre se entiende que la negación de ese apoyo solicitado supone que el Estado reacio, en este caso las autoridades colombianas, hará uso del principio de jurisdicción universal, conforme con el cual ellas podrán juzgar al extranjero en el territorio patrio, si es que no quieren aparecer como factor de impunidad ante la comunidad internacional (C. P., art. 15, numeral 6, literal d). Con la tesis de que el objeto de comparación debieran ser las penas previstas en Colombia para el momento en que se cometió el hecho en otro país, la paradoja y el sofisma exculpativo de la colaboración serían evidentes: no se concede la extradición por falla en el monto de la pena mínima prevista para el momento de los hechos (no a la hora de la petición), pero también se negaría el juicio del requerido en nuestro territorio porque esa misma cantidad de punición tampoco alcanzaría para activar el principio de jurisdicción mundial, conforme con el literal b) del precepto antes citado.

E.2 El delito de "Robo de dinero, propiedad o registros públicos" está previsto en la Sección 641 del Título 18 del Código de los Estados Unidos, y conmina a "Toda persona que desfalque, robe, hurte o a sabiendas convierta para su uso o el uso de otro, o, sin autoridad, venda, transmita o enajene cualquier registro, vale, dinero o cosa de valor de los Estados Unidos o de cualquier departamento o entidad del Gobierno de los Estados Unidos, o cualquier propiedad realizada o en curso de realización en virtud de un contrato para los Estados Unidos o cualquier departamento o entidad de los Estados Unidos; o

"Toda persona que reciba, oculte o retenga dicha propiedad con la intención de convertirla a su uso o ganancia, sabiendo que ha sido desfalcada, robada, hurtada o convertida..." (fl. 86, cuaderno anexo N° 2).

La figura en cuestión corresponde en las modalidades básicas de su realización al delito de peculado, habida cuenta que se trata de la distracción de propiedad o dineros públicos como eran las "Subvenciones Pell". Claro que la armonía normativa surge de la integración de los artículos 133 y 138 del Código Penal Colombiano, cuyo resultado es el delito de peculado por apropiación extensivo, pues, no obstante que el precepto en los Estados Unidos funciona con un sujeto activo común (servidor público o cualquier persona), en Colombia los particulares como el requerido Stofenmacher, por las precisas circunstancias en que actuó, sólo pueden cometer la apropiación extensiva.

En este caso también se cumple el requisito de la pena, pues, de conformidad con los artículos 19 y 20 de la Ley 190 de 1995, que hacen la regulación vigente del hecho punible en mención, el mínimo de la pena básica sería de seis (6) años, dato que entonces obvia cualquier consideración adicional sobre la eventual agravación por razón de la cuantía, habida cuenta que el marco penal estimable siempre será el actual y no otros que han desaparecido.

F. La reciprocidad inculminatoria no se concreta, en cambio, por el lado de la "Participación en transacciones monetarias con propiedad derivada de actividad ilícita especificada", previsión punible de la Sección 1957 del Título 18 del Código de los Estados Unidos, pues, si bien el "lavado de activos" quedó convertido en delito con el artículo 31 de la Ley 190 de 1995, lo cierto es que en nuestra legislación, como conditio sine que non, el sujeto responsable de la especial figura no debe haber participado a ningún título en la obtención de los bienes o frutos que señalan su indebido origen.

Es lo que se infiere de la propia iniciación del texto del artículo 31 citado, cuando dice: "El que fuera de los casos de concurso en el delito...", en el entendido que si las actividades de disimulación del producto de un delito se cumplen por el propio actor, tales son actos de agotamiento de la misma conducta y no constitutivos de hecho punible independiente. Esta exigencia en sentido negativo, en cambio, está ausente de la legislación norteamericana sobre el particular y, debido a su trascendencia, no ha lugar a la correspondencia normativa pendiente e imprescindible, razón por la cual el concepto favorable que se anuncia tendrá tal salvedad.

Por lo expuesto, Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Conceptuar favorablemente al pedido de extradición del ciudadano argentino Sergio Esteban Stofenmacher Gandelman, sólo en relación con los delitos de "Conspiración" y "Malversación de fondos públicos".

Comuníquese esta determinación al señor Fiscal General de la Nación y devuélvase la actuación al Ministerio de Justicia y del Derecho para las decisiones subsiguientes.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda. Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPERIO DE LA LEY/ AUTO INHIBITORIO/NON BIS IN IDEM/ PRUEBA

De todos es sabido que la ley - la Constitución es Ley de leyes - es firme e inmutable en sus principios, como inmutable es el derecho al igual que la moral de donde el derecho emerge, pero igual nadie desconoce que la ley es también variable en su desarrollo, ya que el derecho está en elaboración constante, sufriendo incesantes cambios, en la medida que los van exigiendo las necesidades de la sociedad a la que procura buscar satisfacción. Dícese, por consiguiente, que el imperio de la ley no se perpetúa indefinidamente, sino que se halla circunscrito a los límites que determina la ley.

Violación al principio non bis in idem

Para el imputado este principio fue violado porque, no empece el proferimiento de dos autos inhibitorios, este Proceso se ha venido adelantando por los mismos hechos.

Este principio, de prosapia constitucional y desarrollado en el Estatuto Procesal Penal en la directriz del debido Proceso, que prohibe el juzgamiento dos veces por el mismo hecho, no se reciente cuando, no obstante haberse dictado providencia inhibitoria, se abre seguidamente la instrucción por los mismos hechos que entrañan la imputación, sencillamente porque, por su naturaleza, no es de aquellas resoluciones que comporten ejecutoria material, toda vez que por querer del artículo 328 del C. de P. P. su ejecutoria es meramente formal, es susceptible de ser revocada en cualquier momento y por tanto no hace tránsito a cosa juzgada.

Por lo demás, no se entiende en esos casos como puede hablarse de resolución con autoridad de cosa juzgada si en esa actuación judicial que culmina con decisión inhibitoria, no existe, en puridad, Proceso, el cual supone debate probatorio y argumentativo de cara al reconocimiento del derecho material.

De las pruebas solicitadas y su conducencia.

De acuerdo con el artículo 250 del C. de P. P. sólo serán objeto de práctica las pruebas que se dirijan a establecer la verdad de los he-

chos materia del Proceso, debiendo ser rechazadas las ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Lo anterior significa que no basta que cualquiera de los sujetos procesales pida una prueba para que obligadamente sea decretada, sino que es necesario previamente que señale la relación que tiene con los hechos y lo que pretende acreditar con ella, pues si de la valoración que se haga resulta que no se encamina rectamente a demostrar la circunstancia, cosa o conducta constitutiva de todos los presupuestos de hecho cuyo conocimiento es necesario para en su momento resolver sobre la relación jurídico-procesal, su práctica debe ser rechazada como lo manda la disposición citada.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá. D. C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 78

Proceso No. 8041

Dentro del término de traslado previsto por el artículo 446 del C. de P. P., el imputado doctor Jorge Tadeo Lozano Osorio pide que se decrete la nulidad de lo actuado, por haberse incurrido en irregularidades que vician el Proceso. Solicita, igualmente, la práctica de algunas pruebas.

1. Fundamentos de la Solicitud de Nulidad

Luego de hacer la relación de las fechas de los hechos cuya comisión dio lugar para que se dictara resolución de acusación en contra del imputado, encara el estudio de acciones y omisiones que, en su sentir, constituyen irregularidades generadoras de nulidad que debe ser declarada a partir del auto de apertura de la instrucción y que pueden resumirse, así:

En la resolución de acusación se incurrió en confusión sobre el momento consumativo de algunos hechos punibles que se le atribuyen, pues lo que si bien es cierto que "...los auxilios fueron aprobados en años y para vigencias en las cuales actué como parlamentario, algunos de los actos constitutivos de los supuestos hechos ilícitos se consumaron en épocas de ausencia mía del Congreso y más exactamente entre la revocatoria del mandado y mi reingreso al Senado..." En consecuencia, carecía de investidura de congresista y por tanto, por esas conductas, la Corte no tenía competencia de instrucción y de juzgamiento.

Tanto en la Constitución anterior, como en la actual, se consagra la inviolabilidad de los congresistas por sus opiniones y votos. Luego, al proponer la inclusión de partidas en las leyes de Presupuesto y votar después

el proyecto de ley respectivo no hizo cosa diferente a ejercer esa facultad Constitucional, por cuya razón se violaría el principio de legalidad si por esa actuación se le condenara.

La mayoría de los hechos imputados tuvieron ocurrencia con anterioridad a la Constitución de 1991, en época para la cual la Carta Política vigente aplicaba las reglas de la inmunidad parlamentaria conforme a la cual ningún miembro del Congreso podía ser aprehendido ni llamado a juicio sin permiso de la Cámara a que perteneciera, trámite que se desconoció aquí pues se tuvieron en cuenta, en su disfavor, las normas de la nueva Constitución, y no las procesales de efectos sustanciales vigentes a tiempo de la comisión de los punibles atribuidos que más le favorecían.

De igual modo, con la Constitución anterior, la competencia de juzgamiento de los congresistas correspondía a los jueces ordinarios, regidos por la doble instancia, mientras que la norma Constitucional posterior señaló esa competencia en la Corte en única instancia. En tal virtud, al aplicarse las nuevas normas de juzgamiento en su caso, se vulneró el principio del Juez natural, toda vez que no podía ser juzgado por Tribunal especial instituido con posterioridad a la comisión del hecho punible.

Ha habido violación del principio non bis in idem, por cuanto no obstante haberse proferido en su favor por esta Sala dos autos inhibitorios, uno por enriquecimiento ilícito y otro por fraude procesal, con fuerza vinculante de la cosa juzgada, se le abrió este Proceso por los mismos hechos.

A pesar de estar impedido el doctor Carlos Augusto Gálvez Argote en virtud a que sobre los mismos hechos intervino en su condición de Procurador 2°. Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, por cuyo ensañamiento hubo de denunciarlo penal y disciplinariamente, ahora en su calidad de Magistrado de la Sala Penal de la Corporación aparece suscribiendo la providencia que confirmó la resolución de acusación en este caso, con violación del debido Proceso.

2. Pruebas Solicitadas y sus Fundamentos

Pide que se escuche en declaración a las siguientes personas, enunciando los hechos sobre los cuales deben testimoniar:

Donaldo Antonio Cañadas Moreno, Julia Beatríz Mosquera Mosquera, Raúl Henao Garcés, Justiniano Quiñones Angulo, Miguel Angel Correa Baldosea, César Orduz Iglesias, Alberto Valdivia Portugal, Sonia Ibargüen Carreño, Armando Ujueta, Jaime Avelláneda, Jesús Milán Cárdenas, Aymer Wudeman Trejos, Octavio Arismendi Posada, Rafael Garizabalo Gutiérrez, Nelson Barrios Villa, Alfredo Lozano Osorio, Lis del Carmen Lozano Peña, Manuela Peña Ortiz, Efraín Cuervo Montero, María Luisa Parra Murillo, Luisa Rivas de Ortega, Rosa Lemus Lozano, Berta Inestroza Palacios,

Andres Morales López, César Diaz Hinestroza, Manuel Gregorio Ramírez, Jorge Barrios Becerra, Cesar Palacios Chaverra, Euclides Lozano Lemus, Julia Raquel Rueda Guerrero, Enrique Largacha Mena, Juan Lino Caicedo, Marina Valdés Córdoba, Patrocinio Sánchez Montesdeoca, Odín Horacio Sánchez Montesdeoca, Jesús Rivas Mosquera, Martín Cuesta Mena, Dora Osorio de Caicedo, y Nayibe Villa Tiptón.

Anexa a su escrito una constancia de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Quibdó (Chocó) y copia de sentencia de tutela del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, pidiendo que se tengan como pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Debe la Sala precisar que, en este estadio del Proceso, la actividad de los sujetos procesales se contrae, de conformidad con el artículo 446 del C. de P. P., a la preparación de la audiencia pública, a solicitar las nulidades originadas en la etapa de la instrucción que no se hayan resuelto, y las pruebas que sean conducentes.

Por consiguiente, resulta estéril todo esfuerzo orientado a que la Corte a esta hora se desvíe de los fines a que apunta este precepto, haciendo pronunciamientos en torno a temas relacionados con la tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad de los hechos por los cuales se ha convocado a juicio al imputado, como éste lo pretende al significar que "...algunos de los actos constitutivos de los supuestos hechos ilícitos se consumaron en épocas de ausencia mía del Congreso y más exactamente entre la revocatoria del mandato y mi reintegro al Senado..." y que "...Si no es punible el hecho de haber emitido opinión y voto en el Congreso, dentro del trámite de las correspondientes leyes de Presupuesto, no puedo ser condenado, como lo solicita la resolución de acusación, por estas actuaciones...", toda vez que estos temas, por virtud legal, están reservados para la sentencia definitiva.

Hecha esta obligada precisión, debe examinarse si existen dentro del Proceso las irregularidades a que hace referencia el memorialista y si comportan vicios que afecten de nulidad la actuación.

1.1. *Sobre la incompetencia de la Corte*

La mayoría de los hechos ilícitos que le son atribuidos en su condición de congresista al imputado tuvieron cumplimiento en vigencia de la anterior Constitución, la cual preveía en el artículo 107 inmunidad parlamentaria de juzgamiento, pues sólo podía ser aprehendido y llamado a juicio con el permiso de la Cámara a que perteneciera dentro de los términos allí previstos, y la competencia para conocer de los punibles no descansaba en la Corte Suprema, sino en la jurisdicción ordinaria, regida por la doble instancia.

De aquí deduce que la competencia para conocer de aquellos hechos residiría en los jueces ordinarios de instancias inferiores y no en la Corte y al conocer esta Corporación de los mismos, violó los principios de permiso previo a la Cámara, el de Juez natural, de favorabilidad, el de doble instancia, y del debido Proceso.

De todos es sabido que la ley -la Constitución es Ley de leyes- es firme e inmutable en sus principios, como inmutable es el derecho al igual que la moral de donde el derecho emerge, pero igual nadie desconoce que la ley es también variable en su desarrollo, ya que el derecho está en elaboración constante, sufriendo incesantes cambios, en la medida que los van exigiendo las necesidades de la sociedad a la que procura buscar satisfacción. Dícese, por consiguiente, que el imperio de la ley no se perpetúa indefinidamente, sino que se halla circunscrito a los límites que determina la ley.

Es cierto que el artículo 107 de la Constitución Política derogada preveía que los miembros del Congreso no podían ser aprehendidos ni llamados a juicio sin que mediara previo permiso de la Cámara a que pertenecieran, trámite que evidentemente no se siguió para el presente caso por la potísima razón de que durante la vigencia de aquella Carta no se presentaron los supuestos que en el precepto en cita se enunciaban, toda vez que la iniciación de este Proceso comenzó el 16 de marzo de 1994 cuando ya estaba rigiendo la nueva Constitución en la cual no se reprodujo la mencionada restricción en materia de aprehensión y juzgamiento de los congresistas y que, en cambio, derogó, con efectos inmediatos, toda norma que la contrariara, creando para ellos el fuero o privilegio de investigación y juzgamiento por hechos punibles, así:

"ARTICULO 186. De los delitos que cometa los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación".

El artículo 235-3 concordante con el anterior, le asigna a la Corte Suprema de Justicia la específica atribución de "Investigar y juzgar a los miembros del Congreso, precisando en su parágrafo que 'Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas' ".

Resulta claro, entonces, que no es posible invocar como aplicable para el evento *sub examine* el derogado artículo 107 de la antigua Constitución, pues, de una parte, para la época de su vigencia jurídicamente no existía Proceso y por lo mismo no podía hallarse consolidada la situación prevista en el precepto que hubiera obligado a ser tenida en cuenta, quedando por eso gobernado por las aludidas normas de la nueva Constitución. De otro lado, la aplicación retroactiva de la ley, con fundamento en el principio de favorabilidad, supone sucesión de leyes penales una de las cuales

resulta de efectos más represivos (art. 29 Constitución actual), siendo aplicable, por más benigna, la preexistente al hecho imputado que la posterior, que resulta ser restrictiva, siendo así que las aquí estudiadas hacen relación a normas que disciplinan el Proceso en aspectos simplemente instrumentales -modo y competencia- y por ello con la aplicación de una u otra en nada sustancial favorecería la situación concreta del acusado, y de ahí para que, siendo de orden público, entre a regir de inmediato. Es más, si de efectos positivos se trata, ha de entenderse que la última, la que otorga fuero o privilegio de jurisdicción a los congresistas es más favorable porque es el reconocimiento que el legislador hace de la alta dignidad de los congresistas, y por eso se les sustrae de la investigación y juzgamiento de los jueces inferiores a que estaban sometidos con la Constitución anterior, para depositar esta responsabilidad en el más alto Tribunal de justicia, cambio que asegura, lógicamente, una aplicación más perfecta de las leyes tanto para llegar a averiguar la inocencia del acusado, como para cerciorarse de su culpabilidad imponiéndole con toda exactitud la pena que le corresponde. Por esto mismo, deba ser el Proceso de única instancia, pues siendo la corporación que se halla en el más alto grado de jerarquía en la administración de justicia, no se concibe otro ente superior llamado a revisar sus decisiones, Proceso en el cual, no obstante, ha de observarse las formas sustanciales que como garantías asegura y consagra el artículo 29 de la Carta.

La Corte, en consecuencia, no ha usurpado la competencia para juzgar al congresista procesado, pues esa atribución precisa le ha sido asignada por los preceptos constitucionales que han sido examinados, en cuyo cometido no ha extraviado su obligación, pues ha obrado con apego a la Constitución y a la Ley.

1.2 *Violación al principio non bis in idem*

Para el imputado este principio fue violado porque, no empece el proferimiento de dos autos inhibitorios, este Proceso se ha venido adelantando por los mismos hechos.

Este principio, de prosapia constitucional y desarrollado en el estatuto procesal penal en la directriz del debido Proceso, que prohíbe el juzgamiento dos veces por el mismo hecho, no se reciente cuando, no obstante haberse dictado providencia inhibitoria, se abre seguidamente la instrucción por los mismos hechos que entrañan la imputación, sencillamente porque, por su naturaleza, no es de aquellas resoluciones que comporten ejecutoria material, toda vez que por querer del artículo 328 del C. de P. P. su ejecutoria es meramente formal, es susceptible de ser revocada en cualquier momento y por tanto no hace tránsito a cosa juzgada.

Por lo demás, no se entiende en esos casos como puede hablarse de resolución con autoridad de cosa juzgada si en esa actuación judicial que

culmina con decisión inhibitoria, no existe, en puridad, Proceso, el cual supone debate probatorio y argumentativo de cara al reconocimiento del derecho material.

Esto a modo de aclaración, pues la actuación procesal desmiente la afirmación del imputado en el sentido de que doblemente hubiera sido favorecido con resolución inhibitoria por los mismos hechos, y que por ellos en su contra se hubiera abierto este Proceso.

En efecto, en el expediente radicado bajo el No. 7616 en el cual fungió como Magistrado ponente el doctor Guillermo Duque Ruiz, los cargos que se le hacían al Dr. Jorge Tadeo Lozano Osorio consistían en que dentro de la investigación que adelantó la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación se encontró que a su patrimonio había ingresado la suma de $2'777.219 sobre la cual debía dar explicaciones, pues ante el ente fiscalizador no había dado plausible justificación, hecho concreto por el cual en resolución de 23 de septiembre de 1992 la Sala se inhibió de iniciar instrucción (fl. 96 Cdno.1).

Posteriormente, ante petición del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en auto de primero de diciembre de 1992 (fl. 124 Cdno.1) el Magistrado Ponente accedió a la expedición de copias para que independientemente se investigaran los siguientes hechos:

"...1.Peculado, deducible de irregularidades en la destinación de auxilios parlamentarios a cargo del acusado, concretamente en la asignación de la partida representada por $81'777.000.oo para el año 90".

"2.Fraude procesal, materializado en el hecho de haber el doctor Lozano Osorio aportado en su versión libre ante la Corte varios comprobantes de egreso presumiblemente inveraces..."

Las copias expedidas y que se relacionan con la conducta referida en el punto 2), correspondieron al Despacho del H. Magistrado doctor Juan Manuel Torres Freneda, cuya averiguación preliminar no prestó mérito para abrir instrucción, como así lo declaró la Sala en providencia del 27 de abril de 1994 (fl. 260 Cdno. 2).

Las que se expidieron con fundamento en el punto 1), fueron repartidas a quien funge hoy como Magistrado Ponente, las cuales permitieron la apertura de instrucción y a que en el momento procesal pertinente se calificara el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación por los hechos punibles que se dejaron puntualizados allí y que son bien distintos a los tratados en las resoluciones inhibitorias.

En consecuencia, carece de sentido la argumentación del imputado dirigida a hacer creer que en este Proceso se ha vulnerado la *res judicata*.

1.3 *Violación del debido Proceso por intervención de Magistrado impedido.*

El H. Magistrado doctor Carlos Gálvez Argote tuvo que declararse impedido por haber intervenido como Procurador 2°. Delegado ante la Corte, por cuya actuación hubo de denunciarlo penal y disciplinariamente, no obstante lo cual " ..firmó la providencia que confirmó la resolución de acusación en dicho Proceso...", actuación con la cual se violó el debido Proceso.

Al folio 198 del cuaderno original 7, efectivamente se encuentra que la Sala aceptó el impedimento manifestado por el H. Magistrado Galves Argote antes de la discusión y aprobación del proyecto de resolución de acusación que se profirió contra el imputado y de ahí para que no lo suscribiera.

Posteriormente al negarse la reposición contra la resolución de acusación (fl. 230 Cdno. 7) ciertamente el Magistrado impedido aparece suscribiendo la providencia. Empero, al folio 300 del cuaderno en cita, el señor Presidente de la Sala Penal de esta Corporación, aclara esta situación, así:

"Se deja expresa constancia que el doctor Carlos Augusto Gálvez Argote, tal como aparece en el acta No. 34, correspondiente al día 10 de marzo de 1998, no participó, por hallarse impedido, en la discusión ni aprobación del proyecto de esa fecha, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado doctor Jorge Tadeo Lozano contra la resolución acusatoria proferida dentro del Proceso No. 8041 que se le sigue por el delito de peculado por apropiación. Sin embargo, como en esa Sala se resolvieron muchos otros asuntos (35) que se fueron firmando por cada uno de los magistrados, por un error involuntario la providencia referida fue suscrita por el doctor Gálvez Argote.

Santa Fe de Bogotá D. C., abril 21 de 1998".

Siendo esto así, resulta evidente que la suscripción por parte del doctor Gálvez Argote de la providencia en mención obedeció más a un acto mecánico, impuesto por la fortuita y especial circunstancia señalada en la constancia transcrita y no a intención de dar su asentimiento con la decisión tomada en cuya discusión no participó, acto con el cual no se afecta la validez de la resolución ni se menoscaba el debido Proceso. Tanto así, que ni el imputado atina a indicar y menos a demostrar, de qué manera, con esa inopinada actuación, se resintieron o sufrieron merma sus derechos constitucionales o legales, sino que se limitó a exponer su objetiva ocurrencia, sin más.

En suma, ninguna de las causales de nulidad aducidas por el procesado se ha estructurado en el Proceso que imponga su declaratoria.

2. *De las pruebas solicitadas y su conducencia.*

2.1 De acuerdo con el artículo 250 del C. de P. P. sólo serán objeto de práctica las pruebas que se dirijan a establecer la verdad de los hechos

materia del Proceso, debiendo ser rechazadas las ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Lo anterior significa que no basta que cualquiera de los sujetos procesales pida una prueba para que obligadamente sea decretada, sino que es necesario previamente que señale la relación que tiene con los hechos y lo que pretende acreditar con ella, pues si de la valoración que se haga resulta que no se encamina rectamente a demostrar la circunstancia, cosa o conducta constitutiva de todos los presupuestos de hecho cuyo conocimiento es necesario para en su momento resolver sobre la relación jurídico-procesal, su práctica debe ser rechazada como lo manda la disposición citada.

2.2 Los testimonios que a continuación se relacionan aparecen ya recepcionados, algunos ampliados y no menciona el peticionario qué hecho nuevo, en concreto, quiere acreditar con escucharlos de nuevo:

Julia Raquel Rueda Guerrero (Fls. 92, 258, 286 Anexo 5), Euclides Lozano (Fls. 185 Anexo 5, 201, 210, Cdno. Original 2, 201 Cdno. Original 3, 495 Cdno. Original 4), Bertha Hinestrosa Palacios (Fls. 159 Cdno. Original 2, 201 Cdno. Original 3. 27 Cdno. 6), Patrocinio Sánchez Montesdeoca (Fl. 174 Cdno. 2) , César Eutimio Díaz Hinestroza (Fl. 178 Cdno. 2) , María Luisa Parra Murillo (Fl. 400 Cdno. 3), Sonia Ibargüen Carreño (Fl. 342 Cdno. 4 Y 248 Cdno. 6), Rafael Garizabalo Gutiérrez (Fls. 31 Y 36 Cdno.6), Afife Naylbe Villa Tipton (Fl. 34 Cdno. 6)Y Octavio Arismendi Posada (Fls. 294 Cdno. 5 y 282 Cdno. 6).

Luego, si estos testimonios solicitados por el acusado ya están recaudados, como es de su conocimiento, iría contra la economía del Proceso reproducirlos de nuevo y se produciría, por lo mismo, innecesario desgaste en la jurisdicción.

Raúl Henao Carcés, Justiniano Quiñones Angulo, Miguel Angel Correa Baldosca, César Orduz Iglesias, Alberto Valdivia Portugal, Nelson Barrios Villa, Efraín Cuervo Montero, Luisa Rivas de Ortega, Andrés Morales López, Jorge Barrios Becerra, César Palacios Chaverra, Enrique Largacha Mena, Juan Lino Caicedo, Marina Valdés Cordoba, Odín Horacio Sánchez Montesdeoca, Jesús Rivas Mosquera y Martín Cuesta Mena, no aparecen citados en el Proceso como personas conocedoras de los hechos por los cuales se convocó a juicio al procesado y la relación que se dice que aquellos tuvieron con las fundaciones a través de las cuales se perpetraron los punibles, ya como médicos, odontólogos, asesores externos, auxiliares de contabilidad, contratistas o rectores, podrán, a lo sumo, referir circunstancias generales del comportamiento de las citadas fundaciones, pero ninguna claridad arrojarán sobre la responsabilidad o inocencia del imputado, aspectos que constituyen el núcleo de la activi-

dad probatoria y el fundamento para que se ordene el recaudo de pruebas, como atrás se vio.

2.3 *Las demás pruebas solicitadas, por ser conducentes, se decretarán.*

Además, se insistirá en la verificación a que se refiere el numeral 1) del auto fechado el 26 de noviembre de 1996 con relación al cheque por $24'000.000 (Fol. 420 Cdno. 6); se solicitaran los extractos de la cuentas de ahorros No. 7811 y corriente 380-11633-5 del Banco Popular de Quibdó pertenecientes a Fundar de los años 1988 a 1991 y, oficiosamente de ordena el testimonio de Jesús Alcides Mosquera Andrade (fl. 62 Cdno. 6) para que deponga todo cuanto le conste sobre los hechos objeto del Proceso y manifestará si los que denuncia como ocurridos con posterioridad vienen siendo objeto de investigación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. *Negar* la declaratoria de nulidad solicitada por el imputado doctor Jorge Tadeo Lozano Osorio, por las razones expuestas en la parte considerativa.

2. *Rechazar* la práctica de las pruebas puntualizadas en el aparte 2.2. de la parte motiva por lo allí considerado.

3. *Decretar* las pruebas mencionadas en el punto 2.3. de la parte expositiva.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ANTIJURIDICIDAD/ FALSEDAD EN DOCUMENTO/ DELITO DE PELIGRO

El contenido material de la antijuridicidad, principio rector consagrado en el Código Penal, está constituido por la lesión o puesta en peligro sin justa causa de los bienes jurídicos tutelados, de ahí que las conductas inocuas no sean punibles.

No es cierto que la relación alumno-colegio sea ajena a la sociedad, pues si bien al establecimiento se le autoriza para que preste el servicio público de la educación y expida los títulos correspondientes, esa función está regulada legalmente, y a la comunidad en general le interesa que solo se otorguen reconocimientos académicos a quien los haya logrado con el estricto cumplimiento de los requisitos, pues de lo contrario se generaría un completo caos en el tráfico jurídico que de allí se deriva.

No hay duda de que la falsificación y el uso de documentos que expidan los establecimientos educativos particulares para certificar situaciones académicas, en el caso en estudio para demostrar el derecho a ingresar al curso siguiente al reprobado, constituye una violación al interés jurídico de la fe pública, pues las relaciones sociales y jurídicas sobre la materia se basan en la credibilidad que los ciudadanos depositan en esos instrumentos como medios de prueba que son.

Es verdad que entre otras, en providencia de marzo 17 de 1981, con ponencia del doctor Luis Enrique Romero Soto, la Corte dijo: "El delito de falsedad no es de aquellos que se llaman ordinariamente 'de daño real o material', sino de los de 'daño potencial' llamados también 'de peligro', porque no se necesita que produzcan una lesión efectiva en el bien jurídico tutelado sino que basta con que lo amenacen en forma directa e inmediata. Ese bien jurídico es, en nuestro derecho, primordialmente, la fe pública, o sea la confianza de la colectividad en ciertos medios de prueba, en este caso, los documentos como medios de establecer la existencia , modificación o extinción de un derecho."

No obstante la claridad de este criterio doctrinal, el demandante erróneamente lo entiende en el sentido de que podría haber delito sin daño.

pero no es eso lo que dice la jurisprudencia. todo lo contrario, el hecho de que allí se clasifique la falsedad documental como un delito de peligro es precisamente porque se advierte que se necesita que produzca un "daño" que al menos consista en poner en peligro el interés tutelado.

En otras palabras; el impugnante se equivoca al creer que desde el punto de vista jurídico la única forma de daño que existe es el "real", con lo que deja de lado el "potencial", e incurre en el error que le atribuye al Tribunal, pues con ese entendimiento contraría el artículo 4°. del Código Penal, que establece como antijurídica la conducta que "lesiona" o pone en "peligro" sin justa causa el interés jurídico tutelado por la ley.

En el ámbito naturalístico el "daño" se identifica con la "lesión" o efectivo menoscabo, destrucción o disminución que se causa al objeto material en el cual se concreta el interés protegido, pero en el plano jurídico el "daño" que amerita la intervención del derecho penal puede manifestarse a través de la "lesión" o la puesta en "peligro".

Dentro de la clasificación de los tipos penales en relación con el bien jurídico se acostumbra incluir los denominados "simples o monofensivos", y los "complejos o pluriofensivos", para distinguir los que describen conductas que afectan un solo bien jurídico, de los que regulan comportamientos que simultáneamente pueden lesionar varios bienes jurídicos, pero ello en modo alguno significa que frente a cada caso concreto se necesite establecer esa pluralidad de afectaciones para constatar la adecuación típica, o para que se pueda predicar la antijuridicidad, pues en este último evento lo importante es que se lesione o ponga en peligro el interés que el legislador quiso proteger al tipificar la acción, como lo es la fe pública tratándose de la falsedad.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal . -Santa Fe de Bogotá D. C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr: *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 10422

Aprobado Acta No. 78

VISTOS

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el Procurador Judicial 54 en lo Penal de Bucaramanga, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esa misma ciudad, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Doce Penal del Circuito, que condenó a la procesada Cecilia Gaviria Londoño por el delito de falsedad en documento priva-

do a la pena principal de un (1) año de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, absteniéndose de condenar en perjuicios por no haberse ocasionado, y concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional."

1. Hechos

El Tribunal los consignó en los siguientes términos:

"No obstante que perdiera el séptimo grado que cursaba en el Colegio de 'La Presentación de Piedecuesta en el año de 1.984, Cecilia Gaviria Londoño, logró ingresar al siguiente curso en el Colegio Santa Teresita del Niño Jesús de Bucaramanga, bajo la argucia de que las constancias respectivas se encontraban en trámite y previa presentación de las correspondientes a los años lectivos anteriores.

"Como ya cursaba undécimo año -1989- y se le exigiera la prueba omitida para poder ratificar el título de bachiller, La Gaviria Londoño presentó hacia junio de 1989 a las directivas del Colegio el certificado No. 904, en el que se hace constar las asignaturas cursadas y calificadas obtenidas en el grado séptimo, año de 1984, con la autenticación notarial del caso, al respaldo.

"Sin embargo, la Directora del Santa Teresita quiso constatar la legitimidad de tal documento, encontrando que era espúreo no solo en cuanto a las constancias de las notas, sino respecto de los sellos y firmas de la Directora y Secretaria del Colegio 'La Presentación' de Piedecuesta: situación que la llevó a poner en conocimiento del tal hecho a la Secretaría de Educación del Departamento, oficina que a su vez lo denunció penalmente el 24 de julio de 1.989"

Actuación Procesal

La investigación fue abierta por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, y la Fiscalía Novena de Bucaramanga luego de vincular a Cecilia Gaviria Londoño mediante declaratoria de persona ausente, profirió en su contra medida de aseguramiento de caución prendaria por el delito de falsedad en documento privado, y ordenó precluir la instrucción por el punible de falsedad material de particular en documento público.

Cerrada la investigación, la Fiscalía en providencia de septiembre 30 de 1.993 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra la procesada Gaviria Londoño por el delito de falsedad documental.

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Doce Penal del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia condenatoria en los términos antes reseñados, además de que no se accedió a la solicitud del Fiscal interviniente en el sentido de que se compulsaran copias para que se investigue el delito

de falsedad en que pudo incurrir la acusada con la autenticación de firma que obra al folio 11 vuelto del cuaderno original, en razón a que sobre el particular ya se pronunció la Fiscalía Novena en auto de marzo 27 de 1.993 decidiendo precluir la investigación por ese hecho, decisión que cobró ejecutoria y se encuentra en firme.

Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo anterior por parte del procurador Judicial 54 en lo Penal, el Tribunal lo confirmó.

3. La Demanda

El impugnante ataca la sentencia de segundo grado con fundamento "en el numeral 1° del artículo 220 del C. de P. P., por ser la sentencia violatoria de la norma sustancial que contiene el artículo 221 del C. P. que tipifica el delito de falsedad en documento privado, al aplicarse indebidamente a una conducta activa que en su valoración jurídica material no alcanza su correspondiente adecuación típica".

Argumenta que siendo los delitos contra la fe pública por naturaleza cultural y jurídica "pluriofensivos", no es cierto que puedan ser de "peligro"como se plantea en la sentencia de primera instancia, prohijada por la del Tribunal, así: "El delito de falsedad no es de aquellos que se llaman ordinariamente de daño real o material, sino los de daño potencial, llamados también de peligro, porque no necesitan que produzcan una lesión efectiva en el bien jurídico tutelado sino que basta que lo amenace en forma directa o indirecta". (fl. 168, subraya el censor).

Dentro de una concepción formal del derecho penal de simple confrontación objetiva de la norma con la acción elaborativa del documento de calificaciones espurias "opera la tipicidad formal de falsedad, pero la antijuridicidad como el delito, es algo más que la simple contradicción con el ordenamiento jurídico". Esta manera formal y objetiva de concebir el delito quedó atrás con el concepto de antijuridicidad material que consagra el artículo 4 del Código Penal.

El principio de antijuridicidad material y de dañosidad social quedó reconfirmado con la Constitución -art. 2°-, luego las lesiones a los bienes jurídicos protegidos por la norma o exposición al peligro, no es simplemente potencial, como sienta la sentencia impugnada, ya que tiene que ser de lesión efectiva para que se estructure el delito, pues la norma no contiene solo simples mandatos o prohibiciones de determinación ética, sino criminal y también normas de valoración de relaciones sociales que inciden de manera trascendental en la comunidad.

Con la doctrina del "bien jurídico" se pone límite a la función punitiva del Estado, que cambia del estado clásico autoritario al estado social de derecho, de donde emergen los bienes jurídicos que no son invento del legislador, sino que constituyen conflictos que fluyen de las relaciones

sociales comunitarias, que cuando son colectivas y generales y de cierta magnitud relevante, obtienen debida protección del ordenamiento jurídico penal.

Conforme al principio de la insignificancia, no toda ofensa, ataque o exposición al peligro de los bienes jurídicos es protegido por el derecho penal, sino aquellos de cierta trascendencia general, quedando los que no alcancen esa altura de valoración sometidos a los demás regímenes administrativos.

Con la transformación de la dogmática clásica que dividía el concepto del delito en un injusto puramente objetivo y una culpabilidad estrictamente subjetiva, la contemporánea teoría del delito como lo expresa Jescheck, "por el contrario parte de la observación de que la antijuridicidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado debe incluirse en el juicio de desvalor. De ahí se sigue para la dogmática actual la fructífera distinción de desvalor del resultado y desvalor de la acción en el injusto".

Si examinamos las relaciones sociales y académicas de la procesada con el Colegio de la Presentación de Piedecuesta y el Colegio Santa Teresita del Niño de Jesús de Bucaramanga, como con sus directivos, forzoso es concluir que no son "colectivas", sino estrictamente "interpersonales e individuales"dentro del círculo cerrado educacional y por lo mismo sólo engendrante de efectos jurídicos "interpartes".

El certificado de estudios espurio que sirvió de fundamento a la condena por falsedad en documento privado, "no estaba destinado para que surtiera efectos jurídicos colectivos y generalizados en el mercado de valores, como los títulos valores o los documentos públicos, sino destinado a sanear una relación académica interpersonal e individual entre la justiciable y el colegio, sólo a esas dos personas individuales les interesaba y estaban comprometidas dentro de esa relación social académica y toda Colombia y el resto del mundo para poder hablar de ofensas a la "fe pública", como puede ocurrir con los documentos falsos que llegan del mercado de las bolsas nacionales e internacionales".

No existen delitos sin daño y de eso no se escapan los que son contra la fe pública, que no contienen simplemente actos de fe y de mera credibilidad, pues esa concepción recaería en el campo meramente religioso o de moral cristiana, sino que tienen que causar daño diferente al de la fe pública, por ser pluriofensivos, "bien contra la propiedad, en las falsedades documentales que vinculan relaciones patrimoniales, o contra otro bien jurídico, como la familia cuando se falsifican documentos que comprometen las relaciones familiares en conflicto altamente ofensivos, con las bigamias y matrimonios ilegales".

No existe en el Código Penal Colombiano el delito de falsedad "uniofensivo" del solo concepto de la fe pública, que es general y universal, sino que tiene que estar vinculado con otro bien jurídico al que se le pueda causar daño o exponer de manera concreta y efectiva al peligro, "si, no existe el otro bien jurídico habría tipicidad"y si el documento falso no es de aquellos que están destinados a causar efectos jurídicos colectivos podría darse otra figura diferente.

En el caso de autos el certificado de estudios de la aprobación de un curso académico no podía ofender la "fe pública", porque no estaba destinado a causar efectos jurídicos en el "mercado de valores", sino a regir relaciones sociales académicas interpersonales "entre la justiciable y el colegio, que eran o las que les importaba esa situación académica y no al resto del mundo". En cuanto al otro bien jurídico lesionado o puesto en peligro, "no existe porque el colegio no iba a sufrir ningún perjuicio concreto y efectivo", la que podría haber salido perjudicada era la misma justiciable que autoengañándose así misma se promocionaba a un curso superior sin tener la preparación académica requerida".

Reitera que el control social del derecho penal opera frente a relaciones sociales que generen conflictos reales, y cuando son incontrolables por la normatividad administrativa. No le corresponde manejar problemas espirituales, morales o religiosos.

Los casos académicos de mínima jerarquía o interferencia social y sin daños a terceras personas las tratan las reglamentaciones educativas, y se reducen a sanciones como la repetición del curso con la posibilidad de ser validado ante el Icfes. En esas condiciones la conducta que se imputó a la procesada es atípica o sin ninguna relevancia jurídica frente al derecho penal, por lo que solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y absolver a Cecilia Gaviria Londoño.

4. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida por las siguientes razones:

El reproche del demandante no puede ser acogido porque la falsedad en documento privado endilgado a la hoy condenada "es un delito de peligro, esto es, que encierra una antijuridicidad formal", por ello le asiste razón al Tribunal cuando asevera que la imputada violó el bien jurídico de la fe pública, "reflejada esta vez en el sistema educativo nacional determinado para sus normales relaciones con los asociados y de éstos entre sí en dicho campo; luego se le causó perjuicio al socavar la confianza colectiva como el afectar la capacidad probatoria de los documentos de índole privado, para acreditar que se ha satisfecho la aprobación del respectivo grado de enseñanza media y poder así acceder al siguiente dentro de la escala

impuesta y requerida por el estado como garante del derecho fundamental de la educación..."

Cita jurisprudencias de la Corte sobre el tema materia de estudio de octubre 4 de 1.993 y septiembre 25 de 1991, para concluir que por lo anotado el cargo del impugnante debe desestimarse.

5. Consideraciones de la Sala

1. El contenido material de la antijuridicidad, principio rector consagrado en el Código penal, está constituido por la lesión o puesta en peligro sin justa causa de los bienes jurídicos tutelados, de ahí que las conductas inocuas no sean punibles.

Precisamente en esa dirección apunta la censura del Procurador recurrente, quien no obstante el confuso manejo que hace de algunos conceptos elaborados por la dogmática penal, logra poner de presente que a su juicio la procesada no ha debido ser condenada porque su conducta no causó daño.

2. En orden a dar la respuesta que corresponde, se observa que la investigación estableció que la joven Cecilia Gaviria no aprobó el séptimo grado en el Colegio de la presentación del municipio de Piedecuesta (Santander), y con la excusa de que el certificado lo entregaría después, logró matricularse en el curso octavo en el Colegio Santa Teresita del Niño Jesús de Bucaramanga. Cuando adelantaba el último año del bachillerato, las directivas del colegio le exigieron la entrega del documento pendiente, como quiera que es un requisito legal para poder otorgarle el título, ante lo cual la alumna entregó un certificado materialmente falso.

La educación es un servicio público que se presta por parte del Estado y de los particulares autorizados para ello, pero en todo caso bajo "la suprema inspección y vigilancia"del Estado, tal como aparece consagrado en las Constituciones de 1886 y 1991. En esas circunstancias, para obtener el título de Bachiller por la vía escogida por Cecilia Gaviria necesitaba aprobar cada uno de los grados hasta llegar a once, y si perdía alguno de ellos debía repetirlo o validarlo como condición ineludible para pasar al siguiente curso.

Los certificados expedidos al final de cada período dan fe ante los demás colegios y ante la sociedad en general del grado de educación primaria o secundaria que una persona tiene, razón por la cual cuando la acusada fue a matricularse al Colegio Santa Teresita le exigieron que presentara el del año anterior, situación ante la que dio como excusa que estaban en trámite, y a sabiendas de que no podría cumplir, adquirió el compromiso de entregarlo después.

Así las cosas, no es cierto que la relación alumno-colegio sea ajena a la sociedad, pues si bien al establecimiento se le autoriza para que preste el

servicio público de la educación y expida los títulos correspondientes, esa función está regulada legalmente, y a la comunidad en general le interesa que sólo se otorguen reconocimientos académicos a quien los haya logrado con el estricto cumplimiento de los requisitos, pues de lo contrario se generaría un completo caos en el tráfico jurídico que de allí se deriva.

No hay duda de que la falsificación y el uso de documentos que expidan los establecimientos educativos particulares para certificar situaciones académicas, en el caso en estudió para demostrar el derecho a ingresar al curso siguiente al reprobado, constituye una violación al interés jurídico de la fe pública, pues las relaciones sociales y jurídicas sobre la materia se basan en la credibilidad que los ciudadanos depositan en esos instrumentos como medios de prueba que son.

Justamente por lo anterior es que la denuncia la presentó una funcionaria de la Secretaría de Educación Pública de la Gobernación de Santander, que enterada de la situación advirtió de inmediato su gravedad, pues de ninguna manera puede aceptarse, como lo pretende el censor, que la única consecuencia que conlleva el descubrir la falsedad del certificado de estudio es que su autor repita el curso, ya que esa sería una eficaz manera de incentivar el fraude académico, o como lo dice el Tribunal, "constituiría una patente de corzo (sic) para que estas conductas que proliferan se acentúen".

En síntesis, al falsificar el certificado de notas y entregarlo al Colegio Santa Teresita para tratar de lograr por ese medio eludir un requisito que no tenía para graduarse de bachiller, Cecilia Gaviria realizó una conducta típica de falsedad en documento privado, y antijurídica, independientemente del perjuicio económico generado a la institución, que es un concepto distinto al de antijuridicidad, y que el censor confunde en su alegato.

3. Ahora bien, es verdad que entre otras, en providencia de marzo 17 de 1981, con ponencia del doctor Luis Enrique Romero Soto, la Corte dijo: "El delito de falsedad no es de aquellos que se llaman ordinariamente 'de daño real o material', sino de los de 'daño potencial' llamados también 'de peligro', porque no se necesita que produzcan una lesión efectiva en el bien jurídico tutelado sino que basta con que lo amenacen en forma directa e inmediata. Ese bien jurídico es, en nuestro derecho, primordialmente, la fe pública, o sea la confianza de la colectividad en ciertos medios de prueba, en este caso, los documentos como medios de establecer la existencia, modificación o extinción de un derecho".

No obstante la claridad de este criterio doctrinal, el demandante erróneamente lo entiende en el sentido de que podría haber delito sin daño, pero no es eso lo que dice la jurisprudencia, todo lo contrario, el hecho de que allí se clasifique la falsedad documental como un delito de peligro es precisamente porque se advierte que se necesita que produzca un "daño" que al menos consista en poner en peligro el interés tutelado.

En otras palabras, el impugnante se equivoca al creer que desde el punto de vista jurídico la única forma de daño que existe es el "real", con lo que deja de lado el "potencial", e incurre en el error que le atribuye al Tribunal, pues con ese entendimiento contraría el artículo 4° del Código Penal, que establece como antijurídica la conducta que "lesiona" o pone en "peligro" sin justa causa el interés jurídico tutelado por la ley.

En el ámbito naturalístico el "daño" se identifica con la "lesión" o efectivo menoscabo, destrucción o disminución que se causa al objeto material en el cual se concreta el interés protegido, pero en el plano jurídico el "daño" que amerita la intervención del derecho penal puede manifestarse a través de la "lesión" o la puesta en "peligro".

4. Otro concepto al que el actor le da un alcance que no tiene es al de "pluriofensivo", pues de él deriva que para que se tipifique el delito de falsedad es necesario que se afecte además de la fe pública otro interés jurídico, como la familia o el patrimonio etc., lo cual no es cierto.

Dentro de la clasificación de los tipos penales en relación con el bien jurídico se acostumbra incluir los denominados "simples o monoofensivos", y los "complejos o pluriofensivos", para distinguir los que describen conductas que afectan un solo bien jurídico, de los que regulan comportamientos que simultáneamente pueden lesionar varios bienes jurídicos, pero ello en modo alguno significa que frente a cada caso concreto se necesite establecer esa pluralidad de afectaciones para constatar la adecuación típica, o para que se pueda predicar la antijuridicidad, pues en este último evento lo importante es que se lesione o ponga en peligro el interés que el legislador quiso proteger al tipificar la acción, como lo es la fe pública tratándose de la falsedad.

Lo analizado es suficiente para concluir que el cargo endilgado a la sentencia debe ser desestimado.

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:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ AMENAZAS

De tiempo atrás la Sala ha expuesto un criterio que en este caso debe ser reiterado en el sentido de que si la amenaza permanece en el ámbito meramente personal o familiar su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, pero, si excede ese marco individual para trascender a lo colectivo, a aquello del interés social, público, el asunto ingresa entonces, jurídicamente, al radio de la competencia de los jueces regionales. (Auto de septiembre 25 de 1.995. M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

Magistrado Ponente : Dr. *Carlos Augusto Cálvez Argote*

Aprobado: Acta No. 78

Proceso No. 14462

Vistos

Dirime la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá y uno Regional de esta ciudad.

Antecedentes

1. Se contraen los hechos de este Proceso a que el día 16 de julio de 1.995, en el municipio de San Francisco-Cundinamarca, los hermanos Alirio y Celedonio Ramírez Acero, motivados por rencillas personales que se venían sucediendo tiempo atrás, amenazaron al señor Jairo Acero Bonilla con darle muerte.

2. Iniciada la correspondiente investigación, a la cual fueron vinculados Celedonio y Alirio Ramírez Acero, la Fiscalía les definió adversamente su situación jurídica mediante providencia de febrero 24 del presente año.

En firme esa resolución, y como los procesados solicitaran que la medida de aseguramiento fuera "revisada en su Legalidad por el correspondiente juez de conocimiento", el ente investigador remitió la ac-

tuación al Juzgado Penal del Circuito, correspondiéndole al Primero de Facatativá.

3. Si bien el despacho destinatario de la petición de control de legalidad la asumió dándole el trámite correspondiente, al entrar a decidir se declaró incompetente para ello y dispuso, proponiendo colisión negativa de competencias, su remisión al Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá toda vez que el ilícito de amenazas personales y familiares no fue exceptuado del conocimiento de esa especial jurisdicción por la Ley 81 de 1993, por manera que, agrega el Juez del Circuito, no puede pregonarse que ese delito, cuando tenga la finalidad de infundir pánico, zozobra o alterar la paz y tranquilidad, corresponde a un determinado funcionario mientras que si no se dan tales elementos el competente es otro pues la Ley, artículo 26 del Decreto 180 de 1988, no incluyó esos ingredientes como parte del punible.

4. El Juzgado Regional, aceptando la colisión propuesta y declarándose, por ende, también carente de competencia fundamenta su aserto, con cita de decisiones de esta Sala, en el hecho de que las amenazas investigadas, en cuanto se debieron a simples rencillas, no tienen una trascendencia tal que produzcan pánico o zozobra en la comunidad o afecten su paz y tranquilidad, entendidos estos como los elementos que motivaron la expedición del Estatuto para la Defensa de la Democracia.

Consideraciones de la Corte

1. Si bien los funcionarios que han entrado en conflicto para asumir el conocimiento de estas diligencias, arribadas a una etapa de control de legalidad de la medida de aseguramiento, están de acuerdo en que el hecho investigado responde al concepto de amenazas y que ellas no trascienden del ámbito individual, diferente es la solución que jurídicamente logran pues para el funcionario del Circuito esa intrascendencia de lo particular no tiene ninguna incidencia legal para asignar el conocimiento del Proceso al Juez Regional, mientras que para éste esos hechos deben tener además una connotación, política, de orden público y en todo caso de naturaleza pública o colectiva.

2. De tiempo atrás la Sala ha expuesto un criterio que en este caso debe ser reiterado en el sentido de que si la amenaza permanece en el ámbito meramente personal o familiar su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, pero, si excede ese marco individual para trascender a lo colectivo, a aquello del interés social, público, el asunto ingresa entonces, jurídicamente, al radio de la competencia de los jueces regionales. (Auto de septiembre 25 de 1995. M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia).

3. Por tanto, si en este Proceso, como ha quedado explícitamente aceptado por los funcionarios en conflicto, las amenazas no tuvieron esa connotación pública o de interés social, ha de concluirse que la competencia

corresponde al Juzgado Penal del Circuito, sin que además pueda dársele a la Ley 81 de 1993 los efectos que el funcionario proponente de la colisión pretende, punto en el cual la Corte también sentó su criterio en la decisión ya reseñada, pues la circunstancia de que aquella, en su artículo 9°, numeral 4°, no exceptúe del conocimiento de los Jueces Regionales las amenazas personales o familiares a que se refiere el Decreto 180 de 1988 "no comporta oscuridad alguna para el caso, porque el enfoque válido está en que la conducta aquí juzgada, por tratarse de una amenaza meramente personal o familiar, no se insume en el tipo allí plasmado, lo que hace que escape al conocimiento de esa especializada justicia...".

Por ello, Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1°. *Asignar* la competencia para conocer de este asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá. Por Secretaría de la Sala remítasele el expediente.

2°. Por la misma Secretaría expídase copia de esta decisión y envíese al Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, para su información.

Copíese devuélvase y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDAGATORIA / INTERROGATORIO-Preguntas técnicas

Es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 del C.P.P. al imputado debe interrogársele "en relación con los hechos que originaron su vinculación", pero no como lo entiende el demandante, sobre los tipos penales concretos que se consideren infringidos por parte del instructor, pues además de que la disposición en cita en ninguna forma posibilita esa interesada hermenéutica no resulta lógica ni menos comprensible ante la realidad y dinámica de la investigación penal, toda vez que la explicación que el Estado requiere del Imputado es sobre su conducta entendida dentro del contexto fáctico, que es lo que a la postre posibilita el correspondiente análisis jurídico positivo, conforme sucedió en este caso.

Esto no significa, por tanto, que al imputado no se le deba interrogar sobre todos los cargos que obren en su contra, sino que la ley no exige la precisión técnico jurídica de la estructura analítica del delito para que el indagado explique su actuar dentro de tan elevado y complejo marco conceptual.

La investigación como tal no permite limitar su cometido a unas determinadas y exclusivas hipótesis delictivas, puesto que la misma se inicia, bien oficiosamente, ora por la noticia criminis allegada al funcionario mediante denuncia, pero dependiendo de su marcha y de las pruebas que en su discurrir se logren, lo que en principio fue la razón de ser de la iniciación de la correspondiente averiguación, puede variar. Así, entonces, ya no será solo un hecho delictivo el investigado, sino que, perfectamente, podrán existir otros y en la medida en que se dé el fenómeno de la conexidad de las conductas delictivas, se tramitará el asunto bajo una misma cuerda o se separarán en obedecimiento al principio de la unidad procesal.

No constituye, por tanto, irregularidad alguna, la circunstancia de que la situación jurídica de un procesado se resuelva atendiendo unos presuntos hechos punibles que, probatoriamente, ameritan su definición, en tanto que otros, aún no establecidos con suficiencia como para una estimativa razonable sobre procedencia o no de medida de asegu-

ramiento, se dejen para que, en el proseguir del averiguatorio, adquieran una mejor definición o negación.

Lo importante está, desde luego, en que la situación jurídica se resuelva con base en lo demostrado en autos, y que si se dispuso orden de detención, sea porque lo actuado, inequívocamente, impone tal determinación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 78

Proceso No. 9789

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Jairo Antonio Gutiérrez López contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D.C., el 10 de marzo de 1994., mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado 29 Penal del Circuito el 11 de enero del mismo año, que lo condenó a la pena principal de 13 años y 6 meses de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado, ambos en la modalidad de tentados, en concurso con el de porte ilegal de armas de defensa personal.

Hechos

El trece 13 de febrero de 1993, entre cuatro y cinco de la tarde, sujetos desconocidos penetraron al establecimiento comercial 'Discontinar Ltda.' ubicado en la carrera 13 No. 14-38 de esta ciudad capital de propiedad de la señora Astrid Lucero Ibarra de Moreno, intimidando con armas de fuego a empleados y clientes, forzándolos a trasladarse al interior del almacén, pretendiendo apoderarse del dinero de la caja y de las pertenencias de las personas que allí se encontraban.

Uno de los dependientes del negocio logró escapar e informarle al agente de la policía Agustín Pardo Muñoz sobre lo que estaba sucediendo, quien rápidamente acudió al lugar de los hechos, momento en el cual trataba desesperadamente de huir uno de los asaltantes, que resultó ser el hoy procesado, quien disparó contra una de las personas que casualmente acudían al establecimiento, Alfonso Díaz Prieto, lesionándolo gravemente en la cabeza. Iniciada la persecución contra este individuo y con el fin de intimarle captura el agente del orden se vio precisado a dispararle, hiriéndolo en una rodilla, logrando su aprehensión e incautándole un revól-

ver marca Ruger, calibre 38 largo que portaba sin permiso de autoridad competente. Los demás asaltantes lograron fugarse.

La Actuación Procesal

Denunciados estos hechos por la señora Astrid Lucero Ibarra y puesto a disposición de La Unidad de Fiscalía Especial Permanente el capturado, junto con el informe policivo, el Juzgado Octavo Penal Municipal, al cual le fueron remitidas las diligencias por competencia, dispuso la apertura de investigación el 16 de febrero de 1993, fecha en la que igualmente escuchó en indagatoria a Jairo Antonio Gutiérrez López, quien se mostró por completo ajeno a los hechos.

El mismo día, y debido a que entre los ilícitos investigados se encontraba el de porte ilegal de armas, se dispuso remitir por competencia el expediente a las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito, en donde la No. 240 de la Unidad Segunda de Delitos Varios le resolvió la situación jurídica al indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, como presunto autor responsable de los punibles de porte ilegal de arma de fuego y hurto calificado y agravado.

Ejecutoriada la anterior decisión, la denunciante con asentimiento del procesado, desistió de la acción penal y civil por haber sido indemnizada y resarcida de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción investigada, manifestación esta que no fue aceptada por la Fiscalía instructora por cuanto, además de los delitos imputados en la resolución detentiva surgían el de lesiones personales "y hasta, por qué no decirlo, tentativa de homicidio, este último por determinar".

Apelada esta determinación, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, precisó que efectivamente también concurría el delito de tentativa de homicidio, motivo por el cual la investigación debía continuarla la Unidad de Vida de la Fiscalía, a donde se envió el Proceso, correspondiéndole a la No. 110.

Cerrada por este funcionario la investigación el 19 de mayo 1993, el 10 de junio se profirió resolución de acusación contra Jairo Antonio Gutiérrez López, por los delitos de homicidio en grado de tentativa, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal, en concurso

Solicitada por el defensor la nulidad del cierre investigativo, lo cual hizo ante la Fiscal 110, por cuanto al procesado no se le había indagado ni resuelto su situación jurídica por el punible de tentativa de homicidio, el juzgado 29 Penal del Circuito a donde se remitieron las diligencias por encontrarse ejecutoriada la acusación y haber perdido competencia la Fiscalía, negó dicha petición, siendo confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor.

Adelantado el juicio y celebrada la audiencia pública, oportunamente se profirieron los fallos de primera y segunda instancia en los términos reseñados en los vistos de esta sentencia.

La Demanda

Con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., tres cargos presenta el recurrente contra la sentencia impugnada, así:

Causal Tercera

Primer cargo

Acusa el demandante la vulneración del debido Proceso y el derecho a la defensa porque al procesado Gutiérrez López, se le acusó, entre otros, por el delito de homicidio tentado, no obstante que al resolvérsele la situación jurídica se le impuso la medida detentiva por los delitos de "hurto calificado, hurto agravado y porte ilegal de armas", sin que se hiciera referencia al ilícito de lesiones personales, a pesar de que en el respectivo informe policivo se aludía a ellas, siendo únicamente hasta el proferimiento de la resolución por medio de la cual la Fiscalía de segunda instancia desató la apelación de la que, en primera no aceptó el desistimiento del denunciante y concocomitantemente negó una petición de libertad impetrada por la defensa, cuando se consideró que existía también una tentativa de homicidio, disponiendo la remisión de las diligencias a la Fiscalía correspondiente, la cual acusó al procesado por dicho antentado contra la vida, en concurso con los punibles contra el patrimonio económico y la seguridad pública.

Lo lógico, concluye el demandante, hubiera sido ampliar la indagatoria por el referido hecho punible, una vez se ordenó que las diligencias fueran a la Unidad de Vida.

Segundo cargo

Reiterando la argumentación expuesta en la censura anterior, insiste el libelista en que se vulneró el derecho de defensa por no haberse indagado al procesado Gutiérrez López por el delito de tentativa de homicidio ni habérsele resuelto la situación jurídica por el mismo ilícito, ya que solo se viene "a radicar al procesado como infractor de este punible cuando se le profiere resolución de acusación".

Se impidió, así, la posibilidad de contradecir la imputación, puesto que nadie puede defenderse de cargos desconocidos, abstractos, gaseosos, que deben formularse en forma concreta en la indagatoria o en la declaratoria de "reo ausente".

Tercer cargo

Bajo una nueva reiteración de los planteamientos anteriores, vuelve a aducir la violación de las formas propias del juicio incurriéndose en una

nulidad supralegal o constitucional (art. 29 Constitución Política), al no indagar al procesado por cargos concretos referidos al homicidio en grado de tentativa, no resolverle su situación jurídica por este hecho punible, pero dictarle sí resolución de acusación por el mismo. Como así se vulneraron los artículos 385 y 438 del C. de P.P., lo indicado es, dice, declarar la nulidad a partir del auto que cerró la investigación, para que se indague por ese ilícito, se le resuelva la situación jurídica por el mismo y, ahí sí, se califique el mérito sumarial.

CAUSAL PRIMERA

Unico Cargo

Con fundamento en el artículo 220 del C.P.P., numeral 1o., inciso 2o., el censor propone "un error de hecho por errónea apreciación de la prueba", aduciendo inconexamente y en orden a demostrar el cargo, que la intervención de la policía y la reacción de los delincuentes no obedeció a la presencia casual de Alfonso Díaz Prieto en el establecimiento comercial donde se perpetró el asalto, razón por la cual las lesiones causadas a ésta persona no fueron intencionales y por ende, no podía acusarse al procesado por el homicidio imperfecto dadas las lesiones de aquél.

Tampoco, agrega, ni siquiera existió dolo eventual porque los disparos que se hicieron no lo fueron para matar a persona alguna, sino para facilitar la retirada de los delincuentes. La intención de matar que dio por demostrada el Tribunal por no dirigirse el disparo a una parte menos vulnerable del cuerpo humano como la cabeza, es creación del juzgador porque resulta imposible exigir que se guarde puntería cuando los disparos van y vienen, además de que no existe la prueba fundamental que determine que Gutiérrez López disparó y causó lesiones a Díaz Prieto, cuya versión fue apreciada erróneamente por el Tribunal ya que la misma es contradictoria al afirmar que le hicieron 10, cuando se demostró que no fueron más de 3 los realizados con el arma decomisada, pues en su tambor con capacidad de 6 sólo se le encontraron 3 vainillas y 3 'tiros completos', sin que existiera posibilidad "por la premura del tiempo y lo rápido en que ocurrieron los hechos", de recargar el arma.

Para el recurrente el Tribunal erró al apreciar la declaración de Díaz Prieto, ya que "demostrada está la exageración y manera extravagante de distorsionar las cosas y los hechos", razón por la que el mismo "no se puede valorar conforme a la sana crítica del testimonio".

Cuestiona igualmente, que no se allegara al diligenciamiento la incapacidad de Díaz Prieto ni el dictamen médico que estableciera plenamente su estado de salud ni la prueba de balística que determinara que el arma incautada fue la misma que causó las lesiones de aquél y que no se averiguara por el otro lesionado, Luis Alberto Tovar Giraldo. "Todas estas circunstancias -concluye- son analizadas erróneamente, incurriéndose en causal de nulidad".

Agrega finalmente, que las últimas argumentaciones lo son como petición subsidiaria, en el sentido de que se modifique la sentencia en cuanto a la participación de Gutiérrez López, para condenarlo solo por los delitos de hurto tentado y porte ilegal de armas, en el evento de no prosperar la petición principal de absolución con base en el in dubio pro reo.

Como normas violadas señala la indebida aplicación de los artículos 22 y 323 del Código Penal, por falta de aplicación de los artículos 2o., 294 y 445 del C. de P.P. .

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

La Procuradora Trece en lo Judicial Penal solicita de la Corte la casación parcial de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal de Santa Fe de Bogotá, para que se disminuya la pena impuesta en la proporción que corresponda, acusándola de violación directa de los artículos 29, inciso 2o. y 230 de la Constitución Política; 1o. del C.P.; 1o. C.P.P; 43 de la ley 153/87; y 52 del Código de Régimen Político y Municipal.

Argumenta la Representante del Ministerio Público que el homicidio en grado de tentativa ocurrió el 13 de febrero de 1993, fecha para la cual no se encontraba vigente la Ley 40 de 1993 porque, aun cuando ya se había promulgado en el Diario Oficial el 20 de enero de 1993, el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal claramente establece que la observancia de la ley se impone dos meses después de promulgada. Concreta, además, que en la ley de que se trata, nunca se señaló que regiría a partir de su publicación.

Así las cosas considera que la Ley 40 era aplicable a partir del 20 de marzo de 1993 y, por lo tanto, el caso concreto no podía juzgarse con base en ella, ocurrido el 13 del mismo mes y año, lo que obliga a la reducción de la pena, para someterla al imperio de los artículos 22 y 323 del Código Penal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Causal Tercera.

Por considerar que los tres cargos formulados al amparo de esta causal de casación, están íntimamente relacionados, el Delegado responde a ellos 'con un solo conjunto argumental'.

En este orden de ideas, señala que la circunstancia de que no se hubiera interrogado al procesado sobre el delito de tentativa de homicidio constituye un cargo infundado, bastando para esta conclusión leer los apartes que transcribe de la injurada de Jairo Antonio Gutiérrez López y recordar que la Fiscalía en sus pronunciamientos contempló la posibilidad de tal hecho punible.

Explica entonces, que si bien en la indagatoria no se hizo adecuación de la acción desarrollada por el procesado a ninguno de los tipos penales que luego fundamentaron la acusación, no puede afirmarse que se haya sorprendido a Gutiérrez López con el cargo. Ello porque en tal diligencia no existe obligación alguna para el funcionario de calificar los hechos que investiga y, antes bien, los interrogantes deben dirigirse sobre los hechos, como así se hizo, no sobre su adecuación típica, en tanto que se trata de inquirir el conocimiento que el inculpado tiene de ellos en cuanto realidad, permitiéndole de esta forma un correcto entendimiento de los cargos.

De otro lado, la resolución de la situación jurídica, siendo como es una decisión intermedia del Proceso, no resuelve los extremos de la relación jurídico procesal en forma definitiva, y por ello el hecho de que no contemple alguno de los delitos investigados, no vicia el procedimiento posterior.

Además, agrega, debe tenerse en cuenta que si bien el Fiscal que resolvió la situación jurídica no concretó medida de aseguramiento para Gutiérrez López por el homicidio en grado de tentativa, no fue por inexistencia del hecho o atipicidad del comportamiento, sino por cuanto encontró dificultades probatorias para la correcta adecuación típica, por eso en un aparte de su proveído se refiere a las "lesiones personales o tentativa de homicido por establecer".

Por último, en lo que tiene que ver con la acusación del censor en el sentido de afirmar que hubo irregularidad en el procedimiento por no haberse resuelto la situación jurídica de Gutiérrez López en relación con el delito de homicidio tentado, procediéndose a calificar el Proceso por este punible sin cumplir tal exigencia procesal conforme lo dispone el artículo 438 del C.P.P., de conformidad con el cual "En ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del procesado", precisa el Procurador que el alcance que debe darse a dicha norma, es el de motivar al Fiscal, antes de la calificación, a hacer un examen sobre las pruebas hasta entonces recaudadas a fin de determinar si el inculpado debe o no ser afectado con una medida de aseguramiento.

Lo importante, sostiene el Delegado, es que en los casos de delitos que se juzgan bajo una misma cuerda se haya resuelto la situación jurídica dentro de los términos y sobre la base del material probatorio recaudado, sin que interese que después varíen las cosas por la aparición de nuevos elementos de juicio, pues siendo la resolución de la situación jurídica una medida provisional, no se requiere que guarde consonancia con la resolución de acusación o la sentencia.

Los cargos, pues no deben prosperar.

Causal primera

Para el Procurador, esta censura, al igual que las formuladas al amparo de la causal tercera, presenta falencias técnicas en cuanto a su clari-

dad y precisión, puesto que la argumentación del demandante se reduce a enfrentar su criterio con el del Tribunal, pues no obstante proponer en principio un error de hecho, se desvía hacia el error de derecho al atacar los juicios de valor probatorio del fallador, generando un obstáculo insalvable para la Corte, ante la imposibilidad que tiene de escoger cualquiera de los caminos propuestos porque significaría suplir las deficiencias del libelo.

No obstante, aún bajo estas condiciones, en la demostración del reproche se hace más evidente el desconocimiento técnico del recurso por parte del demandante y hasta del contenido de la sentencia, al proponer una versión diferente sobre los hechos, sosteniendo que Díaz Prieto fue un ocasional transeúnte que resultó herido por azar, mientras que en el fallo se afirma que el procesado apuntó a la cabeza de su víctima y accionó el arma intencionalmente, pues en estas condiciones era su obligación analizar el testimonio de la víctima, precisando en qué el juzgador lo distorsionó y de qué manera ese yerro valorativo determinó una conclusión equivocada sobre la forma de culpabilidad.

En cuanto se refiere a la falta del dictamen médico-legal que acreditara el real estado de salud de Díaz Prieto, al igual que la pericia balística, advierte que una tal omisión no constituye un yerro trascendente y manifiesto como para afectar la sentencia, siendo que ésta se produjo por tentativa de homicidio y no de lesiones personales. De otra parte, el asunto se plantea como una simple objeción de instancia, sin ningún desarrollo, lo que impide su análisis.

Finalmente y en relación con el alegato presentado por el Ministerio Público en su calidad de no recurrente, recuerda la posición jurisprudencial según la cual su intervención queda limitada a la expresión de razones de apoyo o de oposición a la impugnación que formule el demandante, concluyendo que ante la intervención de la Procuradora 13 en lo Judicial Penal, lo que debía era haber actuado como recurrente, para no quedar atada a los límites propuestos en el libelo, tornando inoficiosa su intervención.

Consideraciones de la Corte

Causal Tercera

Por cuanto los tres cargos formulados con base en el numeral tercero del artículo 220 del C. de P.P., esto es, por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, corresponden, como bien lo sostiene el Delegado, a uno solo, pues inexplicablemente el demandante repite la misma censura y argumentación en todos ellos, se procederá a responder como tal.

Estrictamente es por el hecho de no haberse indagado al procesado por el delito de homicidio en el grado de tentativa ni estar comprendido en la resolución de la situación jurídica, y en estas condiciones proferirse re-

solución acusatoria por este punible, el objeto de invalidez que reclama el censor, pues un tal proceder lo considera violatorio de los artículos 385 y 438 del C.P.P. y en esa medida, del debido Proceso y el derecho a la defensa, siendo evidente la falta de razón que le asiste en esta censura.

En efecto, es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 del C.P.P. al imputado debe interrogársele "en relación con los hechos que originaron su vinculación", pero no como lo entiende el demandante, sobre los tipos penales concretos que se consideren infringidos por parte del instructor, pues además de que la disposición en cita en ninguna forma posibilita esa interesada hermenéutica no resulta lógica ni menos comprensible ante la realidad y dinámica de la investigación penal, toda vez que la explicación que el Estado requiere del imputado es sobre su conducta entendida dentro del contexto fáctico, que es lo que a la postre posibilita el correspondiente análisis jurídico positivo, conforme sucedió en este caso.

Esto no significa, por tanto, que al imputado no se le deba interrogar sobre todos los cargos que obren en su contra, sino que la ley no exige la precisión técnico jurídica de la estructura analítica del delito para que el indagado explique su actuar dentro de tan elevado y complejo marco conceptual; de ahí que resulte realmente infundado el cargo frente al caso concreto, pues resulta evidente que al procesado Jairo Antonio Gutiérrez López se le preguntó sobre los hechos constitutivos del atentado contra la vida e integridad personal, Así, el instructor lo interrogó: "Se enteró usted si como consecuencia de la balacera que mencionó resultó alguna otra persona herida?", contestando el imputado: "Cuando estaba sentado ahí en el andén escuché que bajaron a un señor de una buseta que estaba herido, no sé más ni lo ví.". Y si alguna duda pudiese quedar respecto de esta pregunta en cuanto que con ella se estaba impetrando al sindicado una explicación sobre el atentado contra la vida de la que fue objeto Díaz Prieto, acto seguido, le formuló el siguiente interrogante: "Se dice, igualmente, en estas diligencias que la persona capturada o sea usted cuando pretendió salir del almacén disparando hirió a un peatón que pasaba por el lugar, qué tiene que decir con respecto a ésto?", respondiendo que: "no sé no quien (sic) es el herido ni los heridos porque así como me encuentro yo pues cuando está nulo que no sabe lo que pasó simplemente me encuentro herido también y no sé quién me hirió".

Insustado entonces es este reproche al fallo, ya que ante tanta claridad del interrogatorio sobre el hecho que ahora cuestiona el censor, cualquier explicación adicional por parte de la Corte resulta inoficiosa, pues aspecto bien distinto es que el imputado haya evadido suministrar las explicaciones que el instructor le solicitó al respecto, a que ahora se argüya un desconocimiento del cargo.

Ahora, en cuanto se refiere al hecho de que la resolución de situación jurídica no se hubiera pronunciado sobre esta imputación, necesario es también, precisar, que la investigación como tal no permite limitar su cometido a unas determinadas y exclusivas hipótesis delictivas, puesto que la misma se inicia, bien oficiosamente, ora por la noticia criminis allegada al funcionario mediante denuncia, pero dependiendo de su marcha y de las pruebas que en su discurrir se logren, lo que en principio fue la razón de ser de la iniciación de la correspondiente averiguación, puede variar. Así, entonces, ya no será sólo un hecho delictivo el investigado, sino que, perfectamente, podrán existir otros y en la medida en que se dé el fenómeno de la conexidad de las conductas delictivas, se tramitará el asunto bajo una misma cuerda o se separarán en obedecimiento al principio de la unidad procesal.

No constituye, por tanto, irregularidad alguna, la circunstancia de que la situación jurídica de un procesado se resuelva atendiendo unos presuntos hechos punibles que, probatoriamente, ameritan su definición, en tanto que otros, aún no establecidos con suficiencia como para una estimativa razonable sobre procedencia o no de medida de aseguramiento, se dejen para que, en el proseguir del averiguatorio, adquieran una mejor definición o negación.

Lo importante está, desde luego, en que la situación jurídica se resuelva con base en lo demostrado en autos, y que si se dispuso orden de detención, sea porque lo actuado, inequívocamente, impone tal determinación. Para el caso, esta medida se ordenó por los delitos de hurto calificado y agravado y porte de armas de defensa personal que, incuestionablemente, la ameritaban.

Tampoco es atinada la censura del demandante en el sentido de que al procesado se le sorprendió en la resolución de acusación con el delito de tentativa de homicidio, sin que previamente se le hubiera resuelto su situación jurídica por tal infracción. La verdad es que, inclusive, en esta última decisión se hizo referencia a que uno de los punibles investigados era el de lesiones personales o una tentativa de homicidio, lo que debería establecerse en el discurrir de la investigación, pues no puede olvidarse que en la decisión del 13 de abril de 1.993, por medio de la cual el Fiscal 240 de la Unidad de Delitos Varios, denegó una petición de libertad para Gutiérrez López , afirmó que los hechos investigados constituían un concurso de porte ilegal de armas, hurto calificado y agravado, "y hasta por qué no decirlo, tentativa de homicidio, este último por determinar". Impugnada esta decisión, un Fiscal Delegado ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, la confirmó precisando que la medida de aseguramiento dispuesta en contra de Gutiérrez López comprendía también el presunto punible de tentativa de homicidio, "pues no otra cosa puede pensarse teniendo como base que el arma la apuntó el implicado hacia vitales

puntos de la integridad física de su víctima, como fue precisamente en la cabeza".

De ahí que al fijar el alcance interpretativo del artículo 438 del C.P.P., en decisión del 30 de julio de 1997, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, afirmó la Sala:

"Así las cosas, independientemente de que en la definición de la situación jurídica se haya impuesto o nó medida de aseguramiento, el número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se le hubiere dado, es en la resolución de acusación donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primer pronunciamiento un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperar que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones. Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir".

"En síntesis, concluyó la Corte, lo que se califica a continuación del cierre de la instrucción son los hechos que fueron objeto de la misma, y sobre los cuales se indagó al sindicado, y para hacerlo el criterio que se hubiere expuesto en la definición de la situación jurídica no constituye ninguna limitante, todo lo contrario, si en ese pronunciamiento se hubiere cometido algún error, es la oportunidad para subsanarlo. Dicho de otra manera, si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para poder cerrar la investigación, su contenido no limita el de la calificación".

Luego, se repite, ningún sorprendimiento se presentó para el procesado ni para la defensa cuando se dictó la resolución de acusación en la forma vista. No ha existido, entonces, vulneración al debido Proceso ni al derecho de defensa.

Los cargos no prosperan.

Causal Primera

Desconociendo el principio de precisión y claridad que caracteriza este recurso y el de la autonomía de las causales de casación, anuncia el demandante que este cargo lo formula al amparo de la causal primera y, más concretamente, que se trata de un error de hecho por errónea apreciación del testimonio de Díaz Prieto, persona que resultó seriamente lesionada en el desarrollo de los hechos, proponiendo indistintamente y bajo la misma argumentación nulidad para el evento de que la petición principal de absolución con base en el in dubio pro reo no prospere. Además, y desconociendo que el ataque dice centrarlo en la imputación por el delito de tentativa de homicidio, sin ocuparse en lo absoluto de los de hurto calificado y

agravado y el de porte ilegal de armas, inusitadamente aspira a que su alegato conduzca a la absolución por todos los delitos objeto de la condena.

Esta verdadera confusión conceptual que le asiste al demandante sobre la técnica casacional, se agudiza más, cuando en punto del pretendido error de hecho que dice proponer, procede a la manera de un alegato de instancia a cuestionar indistintamente la credibilidad del testigo mencionado, calificando su versión sobre los hechos como exagerada porque afirmó que le hicieron como 10 disparos, cuando en realidad el arma hallada en poder del procesado sólo tenía tres vainillas percutidas, como también lo hace con la declaración rendida por el agente de la policía que capturó al procesado, llegando hasta admitir en algunos apartes la autoría de su defendido respecto de la tentativa de homicidio mientras en otras la niega, incluyendo indistintamente argumentaciones referidas a la culpabilidad y específicamente al dolo eventual desconociendo el contenido de la sentencia, en fin, trátase de un escrito que lejos se encuentra de constituir una verdadera y seria censura contra la sentencia impugnada, respecto del cual no es factible saber cuál es la verdadera pretensión del demandante.

Además, el censor termina introduciendo en este mismo cargo otro de nulidad, o, lo que es igualmente defectuoso, hace derivar el ataque hacia esta causal, por la duda que según él existen en materia de autoría, ignorando que la alegación del in dubio pro reo debe hacerse por la vía del error de hecho, y que el ataque sólo prosperará en la medida en que surja con claridad de un estudio realista del material probatorio, no cuando ella es sólo el producto de una manera muy personal del demandante de interpretar la prueba, sin perjuicio de que, cuando el sentenciador, que no es el caso, ha reconocido la existencia de dudas sobre la responsabilidad o sobre la materialidad de la infracción y, empero, condena, la impugnación debe verificarse por la vía directa.

El cargo no prospera.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

Como se expusiera en precedencia, la Procuradora Trece en lo Judicial Penal, en su calidad de no recurrente aduce una violación directa del inciso segundo del artículo 29 y 230 de la Carta Política, 1° del C.P., 1° del C.P.P., 43 de la Ley 153 de 1887 y 52 del C. R.P.M., por cuanto en su criterio para la época de los hechos no se encontraba vigente la Ley 40 de 1993, solicitando de la Corte la sentencia recurrida para que en la de reemplazo se tase la pena a imponer al procesado, con base en los límites punitivos previstos por los 22 y 323 del Decreto 100 de 1980.

Desconoce así la representante del Ministerio Público, el propio texto del artículo 228 del C. de P.P., que impone, como límite para el pronunciamiento de la Corte, exceptuando los casos de nulidad, los cargos formulados por el demandante, los cuales constituyen el marco de la inter-

vención de los sujetos procesales no recurrentes, restringiéndose su intervención única y exclusivamente a la oposición o coadyuvancia de las censuras propuestas por el impugnante, sin que pueda por este medio, atribuirse funciones propias del recurrente, como lo hace ahora la procuradora judicial.

No obstante, y con el fin de que no quede duda en el Proceso respecto a la vigencia de la ley aplicada por el Tribunal para efectos de tasar la punibilidad del procesado en relación con el delito de homicidio tentado, suficiente es recordar que esta Sala en casación del 22 de octubre de 1997, con ponencia del Magistrado, Jorge A. Gómez Gallego, reiterada en decisión del 3 de febrero del presente año, con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar, precisó que esta ley empezó a regir "a partir de su promulgación y al ser insertada en el diario oficial 40.726, de fecha 20 de enero de 1993, es claro que comenzó a regir al empezar el 21", pues como se afirmó en la última providencia citada por mandato del artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, siendo exigible su observancia dos meses después, salvo que la propia ley fije la fecha en que deba empezar a regir, como lo dispone el numeral 1° del artículo 53 del mismo estatuto.

Así las cosas y siendo que en el artículo final de la Ley 40 de 1993, se estipuló que la misma empezaría a regir a partir de la fecha de su promulgación y esta se entiende consumada en la del número en que termine su inserción en el diario oficial, necesario es concluir que como esto se cumplió el 20 de enero de 1993, como se dijo en la jurisprudencia citada, empezó a regir el día 21 del mismo año.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DELACION

Independientemente de las precisas razones de técnica que impiden la prosperidad de la demanda, se advierte que el problema jurídico que la defensa de la procesada, plantea desde los alegatos de la audiencia pública de juzgamiento, han ido siempre encaminados a lograr el reconocimiento de beneficios por confesión y delación, citando como normas infringidas el artículo 45 de la Ley 30 de 1986 y el 299 del Código de Procedimiento Penal, aunque al final de la demanda solicita la aplicabilidad del decreto 1199 de 1987.

Debe, ab initio, *descartarse el decreto 1199 de 1987 como fuente formal de derecho para la solución del problema que plantea el casacionista, pues el juicio de validez de tal norma resulta negativo para aceptarla como aplicable en este caso concreto cuyos hechos ocurrieron el 26 de febrero de 1993 y la presunta delación el 16 de marzo del mismo año (fol. 49, cuaderno original), fechas para las cuales sólo había sido adoptado el artículo 1°. de tal Decreto* como norma permanente por el Decreto Extraordinario 2271 de 1991, cuyos supuestos de hecho, tampoco cumplía la procesada, pues la mención de una persona que para la época ya estaba muerta, impedía hacer efectiva la orden de captura -si la hubo-, e imposibilitaba fundamentar la responsabilidad penal, ya que la muerte es una causa absoluta de imposibilidad de ejercicio de la acción penal y precisamente lo que tal norma buscaba era que la acción penal pudiera ser ejercida.*

Tampoco podía aplicarse el decreto 3030 del 14 de diciembre de 1990, que adoptado como legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2265 del 4 de octubre de 1991, estaba vigente para la época de los hechos, pero incluía un supuesto de hecho que lo excluía como pertinente para el asunto en concreto, habida cuenta que limitaba su ámbito de aplicación a hechos ocurridos antes del 5 de septiembre de 1990. En este punto el Tribunal yerra al afirmar que

---

* - ART. 1°. Quien suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectivo el cumplimiento de órdenes de captura dictadas con ocasión de la comisión de delitos en el territorio nacional o fuera de él, podrá ser beneficiario de una recompensa monetaria.

Esta misma recompensa podrá ser reconocida a la persona que suministre informaciones y pruebas eficaces que fundamenten la responsabilidad penal o permitan hacer extensiva a otras personas".

el artículo 8° del Decreto 1199 de 1987 fue reproducido por el artículo 1° del Decreto 2047 de 1990, pues se trata de dos normas totalmente diferentes, que aunque coinciden en otorgar una tercera parte de reducción de la pena, lo hacen sobre presupuestos de hecho absolutamente diferenciables.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar,*

Aprobado Acta No. 78

Proceso No. 9521

VISTOS

Procede la sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada Carmen Teresa Valderrama Millán, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá el 20 de Enero de 1994, mediante la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado 27 Penal del Circuito de la misma ciudad, de fecha 22 de octubre de 1993, que la condenó a cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales, como autora responsable de infracción al inciso 1o. del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y a las penas accesorias de ley.

Concedido el recurso por el Tribunal, la correspondiente demanda fue declarada por esta Corporación ajustada a las formalidades legales.

HECHOS

La sentencia de segunda instancia los reseña así:

"Refieren los autos que el 26 de febrero/93 en el Muelle Internacional del aeropuerto "El Dorado"de esta ciudad, aproximadamente a las 4 p.m., fue aprehendida por agentes de la Dirección Policía Judicial e Inteligencia, sección delitos de narcotráfico, Carmen Terera Valderama Millán cuando pretendía salir del país, con destino a Berlín (Alemania), llevando en su organismo sustancia estupefaciente empacada en pequeñas cápsulas de látex, que resultaron contener cocaína en cantidad de novecientos cincuenta y dos gramos y medio (fl. 1 a 3, 15, 31 y 45)".

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue abierta el 27 de febrero de 1993 por parte de la Unidad de Fiscalía Especial Permanente de Santa Fe de Bogotá, a consecuencia del informe policial rendido con motivo de la captura de la procesada e incautación de la droga. Durante la instrucción se practicó diligencia de inspección judicial, estableciéndose que la sustancia hallada en el organismo de la sindicada era cocaína en cantidad neta de 952.5 gramos

(fl. 31); se obtuvo certificación del Hospital San Juan de Dios a donde fue remitida la capturada para tratamiento de desintoxicación, expulsando 90 bolsas de empaque amarillo y dos de color negro (folio 15). Igualmente se allegó el dictamen rendido por el químico farmaceuta adscrito a la Dirección General de Medicina legal, quien luego de examinar la muestra enviada concluyó que se trataba de cocaína (folio 45).

Carmen Teresa Valderrama Millán fue vinculada a la investigación mediante indagatoria y su situación jurídica se le resolvió el 5 de marzo de 1993, con medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación.

A raíz de las explicaciones dadas por la sindicada fue allanada la residencia de "José Castañeda" quien supuestamente la había contactado junto con Isabel Martínez y les había entregado la droga que deberían trasladar a Berlín. Allí fue encontrado su progenitor quien informó que su hijo José Hernando Castañeda Chinchilla había fallecido el 30 de enero de 1993, dato que posteriormente confirmó la Fiscalía (Fls. 127 a 131).

Luego de cerrada, la investigación fue calificada el 29 de junio de 1993 por el Fiscal 223, profiriéndose resolución acusatoria en contra de Carmen Teresa Valderrama Millán, como presunta autora responsable de Infracción a la ley 30 de 1986 (fls. 178 a 186).

La causa fue tramitada en el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que una vez surtidas las formalidades propias del juicio profirió sentencia el 22 de octubre de 1993, condenando a la procesada a cuatro años de prisión y multa de 10 salarios mínimos mensuales, como autora responsable de Infracción al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y a las accesorias de ley (fls. 249 a 261), decisión que fue confirmada en segunda instancia mediante el fallo objeto del recurso extraordinario que actualmente se resuelve.

La Demanda de Casación

Con apoyo en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba obrante en el Proceso.

Como normas violadas señala el artículo 45 de la ley 30 de 1986, que consagra la disminución de la pena en favor del procesado que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito investigado; igualmente los artículos 296 y 299 del Código de Procedimiento Penal, que en su orden consagran los requisitos de la confesión y la disminución punitiva que debe aplicarse cuando ella se presente, salvo casos de flagrancia.

Según el demandante está plenamente demostrado que en el curso de la investigación la procesada confesó el ilícito cometido aclarando que no lo había hecho en su primera versión debido a que temía por su vida y la

de su familia. No obstante, en actitud valerosa delató al propietario de la droga explicando cómo fue contratada, lo que posibilitó el allanamiento de la residencia del delatado, donde se estableció que éste había sido asesinado poco días antes de que aquella fuese capturada.

En su opinión, la información dada por su defendida fue desaprovechada por la Fiscalía para descubrir la red delincuencial, pues en el plenario se observa que existían otras personas comprometidas en el hecho, toda vez que la droga le fue entregada a la procesada después de la muerte de quien la había contactado, circunstancia por ella desconocida.

Expresa que "la clave del error de derecho por falso juicio de convicción radica en el desconocimiento de la tarifa probatoria, del valor de prueba plena o semiplena que la ley concede a algunos medios de prueba". Debido a ello, agrega, fue que el Tribunal desestimó la colaboración con la justicia que la procesada prestó al confesar su participación en el hecho y delatar al dueño de la droga, y consecuentemente le negó las rebajas de pena que legalmente le correspondían, motivo por el cual solicita a la Corte casar el fallo impugnado y proferir el que deba reemplazarlo.

Concepto del Ministerio Público

Para el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la demanda se caracteriza por las fallas técnicas que seguidamente se relacionan:

En primer lugar, el impugnante no señala si la violación de la ley sustancial se produjo por vía directa o indirecta, aunque del contexto se infiere que lo fue por vía indirecta.

Tampoco precisa el recurrente si el error de derecho que acusa se originó en falso juicio de legalidad o de convicción, lo cual no obsta para comprender que se trata de éste último dado que el ataque se dirige contra el descrédito otorgado por el fallador a la presunta colaboración de la procesada.

Además, el cargo se quedó sin comprobación, pues en lugar de entrar a demostrar los aspectos en que se funda, el demandante se dedicó a expresar su personal criterio en relación con la valoración de las pruebas a la manera de un típico alegato de instancia.

En razón de dichas fallas y porque el error de derecho alegado no procede dentro de un sistema de valoración probatoria como el nuestro, claro resulta para el Procurador el fracaso de la demanda, motivo por el cual solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

1. Razón le asiste al Ministerio Público cuando afirma que el libelo carece de aptitud para quebrar la sentencia atacada, no sólo por acusar las graves fallas técnicas señaladas, sino también porque el único cargo formulado es abiertamente inadmisible, toda vez que hoy por hoy al desapa-

recer prácticamente de nuestro procedimiento penal la tarifa legal, para darle paso al sistema de la persuasión racional, que no prefija valor a la prueba, el error alegado sólo puede prosperar cuando se demuestre que el sentenciador apreció las pruebas ignorando de forma manifiesta las reglas de la sana crítica como error de hecho por falso juicio de identidad, y ello no se acreditó en el caso de estudio.

2. Independientemente de las precisas razones de técnica que impiden la prosperidad de la demanda, se advierte que el problema jurídico que la defensa de la procesada, plantea desde los alegatos de la audiencia pública de juzgamiento, han ido siempre encaminados a lograr el reconocimiento de beneficios por confesión y delación, citando como normas infringidas el artículo 45 de la Ley 30 de 1986 y el 299 del Código de Procedimiento Penal, aunque al final de la demanda solicita la aplicabilidad del decreto 1199 de 1987.

3. Debe, ab initio, descartarse el decreto 1199 de 1987 como fuente formal de derecho para la solución del problema que plantea el casacionista, pues el juicio de validez de tal norma resulta negativo para aceptarla como aplicable en este caso concreto cuyos hechos ocurrieron el 26 de febrero de 1993 y la presunta delación el 16 de marzo del mismo año (fol.49, cuaderno original), fechas para las cuales sólo había sido adoptado el artículo 1°. de tal Decreto[1] como norma permanente por el Decreto Extraordinario 2271 de 1991, cuyos supuestos de hecho, tampoco cumplía la procesada, pues la mención de una persona que para la época ya estaba muerta, impedía hacer efectiva la orden de captura - si la hubo -, e imposibilitaba fundamentar la responsabilidad penal, ya que la muerte es una causa absoluta de imposibilidad de ejercicio de la acción penal y precisamente lo que tal norma buscaba era que la acción penal pudiera ser ejercida.

4. Tampoco podía aplicarse el decreto 3030 del 14 de diciembre de 1990, que adoptado como legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2265 del 4 de octubre de 1991, estaba vigente para la época de los hechos, pero incluía un supuesto de hecho que lo excluía como pertinente para el asunto en concreto, habida cuenta que limitaba su ámbito de aplicación a hechos ocurridos antes del 5 de septiembre de 1990. En este punto el Tribunal yerra al afirmar que el artículo 8° del Decreto 1199 de 1987 fue reproducido por el artículo 1° del Decreto 2047 de 1990, pues se trata de dos normas totalmente diferentes, que aunque coinciden en otorgar una tercera parte de reducción de la pena, lo hacen sobre presupuestos de hecho absolutamente diferenciables.

5. Tampoco asoma por ninguna parte la presunta violación que el censor reclama del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que cree

[1] Art. 1°. Quien suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectivo el cumplimiento de órdenes de captura dictadas con ocasión de la comisión de delitos en el territorio nacional o fuera de él, podrá ser beneficiario de una recompensa monetaria.

sustentar afirmando que "dentro del Proceso, está plenamente demostrado que mi defendida Carmen Teresa Valderrama Millán confesó el hecho cometido y clarificó el motivo por el cual no hizo esta manifestación en un principio, ya que temía por su vida y la de su familia", lo que enlaza con la mención que la procesada hizo del supuesto dueño de la droga.

Confunde el casacionista, en una sola afirmación dos temas bien diferentes, el de la confesión y el de la delación, pretendiendo, sin explicar, que la Corte le dilucide tal problemática, pasando por alto el carácter técnico del recurso extraordinario que está sustentando.

No obstante ello, el Tribunal fue claro al señalar que la procesada no tenía derecho a la rebaja de pena por confesión habida consideración de que su aprehensión ocurrió en situación de flagrancia, es decir, "llevando el estupefaciente que pretendía sacar del país", circunstancia que en tan específicas condiciones ciertamente excluye tal beneficio por expreso mandato del artículo 38 de la ley 81/93.

Respecto a la rebaja de pena por delación, consagrada en el artículo 45 de la Ley 30/86, puntualizó que aún cuando la procesada señaló bajo juramento a "José Castañeda" como el propietario de la droga, esa sindicación no constituye la delación allí regulada, al no estar acompañada de pruebas idóneas y concurrir en ella elementos que la hacían sospechosa en primer lugar, porque la descripción física que hizo el presunto delatado no corresponde a las reales características del obitado José Hernando Castañeda Chinchilla, según lo testimoniaron sus propios parientes; en segundo término porque en la residencia del mismo no se halló ningún elemento que permitiera inferir su participación en alguna actividad ilícita; además porque según la explicación de su compañera Isabel Martínez, detenida en iguales circunstancias, la droga había sido recibida de Castañeda en una fecha en que éste ya había fallecido, lo cual hacía inconsistentes ambas versiones. De ahí que el Tribunal, con sano criterio, hubiese estimado lo dicho por la procesada como una coartada urdida con el propósito de obtener inmerecidamente la reducción de su pena.

Debe reiterarse, sin embargo, que el defecto fundamental del libelo radica en su incapacidad de demostrar el presunto error de derecho sobre la versión de la procesada, pues el censor limita su crítica a señalar que "no se les dió su justa apreciación si no por el contrario se hace tanto en la resolución de acusación como en la sentencia de primera y segunda instancia apreciaciones erróneas en lo referente a la delación y la confesión queriendo agrabar (sic) la situación de la acusada...".

Estas enunciaciones dejan a mitad de camino la esencia del recurso pues no avanzan hasta demostrar clara y precisamente cómo las demás pruebas y consideraciones del ad quem para desestimar el supuesto de hecho de las respectivas disposiciones, fueron fruto de errores relevantes que de no haberse dado habrían de determinar de otro modo el contenido de la sentencia.

En verdad la demanda a veces transita por el camino de la violación indirecta, pero en ocasiones irrumpe con argumentos propios de la violación directa, lo cual constituye otro factor de más para denegar sus pretensiones.

Así las cosas, se desestimará la censura tal como lo solicita la Procuraduría Delegada y, por consiguiente, el fallo recurrido se mantendrá incólume.

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:

No Casar la Sentencia Impugnada, de naturaleza, fecha y origen señalados en la parte motiva.

Cúmplase

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA

El derecho de defensa se halla garantizado en la Carta Política para ser ejercitado, y muy especialmente por el profesional del derecho en quien recae la obligación de hacerlo efectivo, sea por designación oficiosa o por mandato de parte, pues él como colaborador de la administración de justicia es pieza fundamental en el engranaje procesal, que pese a la eficiencia y rectitud del funcionario judicial requiere para el equilibrio del debate probatorio, de la sabia y prudente intervención del personero del acusado con miras a una real, imparcial y oportuna definición del asunto en litis.

Por ello asiste plena razón al señor representante del Ministerio Público cuando advierte que "Sabido es que la defensa, como garantía procesal tiene carácter absoluto y como tal, su quebrantamiento no depende de la existencia de pruebas suficientes para enjuiciar o condenar, sino de su real ejercicio técnico y material que bien podrían aportar a los órganos administradores de justicia elementos de juicio tendientes bien a la absolución del acusado, ora hacia la disminución de su pena o a la existencia de circunstancias que, en cualquier forma, le resulten favorables".

"El derecho a la defensa es de vital importancia en el desarrollo de toda actuación penal, que ha sido reconocida como fundamental y esencia misma del debido Proceso por los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos, por la Constitución Política, por el Código de Procedimiento Penal y por la Jurisprudencia Nacional".

Y ante la premisa irrefutable de que no basta la nominal existencia de defensor para que esa garantía sea respetada, también comparte la Corte la afirmación del mismo funcionario, de que "la exigencia de defensa, fundamental como es, no puede quedar en el campo del mero formalismo que se agote con la designación y posesión del defensor, sino que debe manifestarse abiertamente en la actuación, de forma tal que si se produce una inactividad del abogado, el quebrantamiento del derecho solamente puede desconocerse siempre que con fundamento en lo actuado pueda descubrirse que tal abandono se utilizó como estrategia defensiva.

"En caso contrario, es decir, cuando el defensor simplemente no actúa, cuando está ausente del trámite procesal, cuando no manifiesta interés alguno por el asunto a él encomendado, no desarrolla ninguna actividad en relación con el Proceso que debe atender, es evidente que la actuación nace viciada de nulidad porque no se respeta la base fundamental del Proceso que requiere el ejercicio de la contradicción dialéctica entre acusación y defensa".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 10003

Aprobado Acta No. 078

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el 11 de julio de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual condena a Jesús Alberto Tinoco Acero a la pena principal de cuarenta y dos años de prisión y a la accesoria correspondiente, en calidad de autor del concurso de delitos de homicidio agravado en la persona de José Nelson Soto Peña y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Hechos y Actuación Procesal

El 21 de julio de 1993, siendo aproximadamente la una de la mañana (1:00 a.m.), en la vía pública, carrera 10a. con calle 20 de esta ciudad capital de la República, murió José Nelson Soto, al recibir varios disparos de arma de fuego que le propinaron unos individuos que se movilizaban en un taxi. Ocurrido el hecho agentes de la Policía Nacional alertados por los disparos acudieron y fueron enfrentados por los agresores, originándose un cruce de proyectiles en el que resultó muerto también uno de éstos, Jovino Olarte, mientras que capturados los otros, fueron identificados como Ernesto Garzón y Jesús Alberto Tinoco Acero.

Adelantada la investigación, el mérito sumarial se calificó el 16 de noviembre de 1993 con resolución de acusación, en la que se comprometió en juicio a los procesados por el concurso de delitos de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. (fls. 235-251 cd. ppl.1).

Debido a que Garzón solicitó sentencia anticipada se rompió la unidad procesal y el juicio continuó respecto de Tinoco Acero, contra quien el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito emitió fallo de condena por los hechos punibles de la acusación imponiéndole la pena conocida (fls. 373-398 cd.ppl.1), que el Tribunal Superior del Distrito, al desatar la apelación interpuesta por la defensa, confirmó mediante la sentencia que ha sido impugnada en casación por el mismo sujeto procesal. (fls. 13 y ss. cd.Tr.).

La Demanda

Por considerar agraviado el derecho de defensa, tanto en su aspecto técnico como en el material en la tramitación del Proceso, se acusa el fallo de segunda instancia, con fundamento legal en la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P..

Sostiene el censor que para que lo asistiera en la indagatoria, ante la manifestación del sindicado de carecer de defensor se le designó oficiosamente una profesional del derecho que limitó su actividad a presenciar la diligencia; que habiendo posteriormente el implicado nombrado como su defensor al mismo que asistía a su compañero de sindicación, la Fiscalía declaró la incompatibilidad de intereses pero no se lo comunicó al referido, quien duró sin asistencia calificada entre el tiempo transcurrido entre el 4 de agosto y el 30 de septiembre de 1993, cuando al percatarse la Fiscalía de la situación le designó oficiosamente al mismo abogado últimamente aludido, que se posesiona el día en que se clausura la fase sumarial, es decir, el 12 de octubre subsiguiente, pero no impugna este proveído, ni presenta alegato de conclusión, como tampoco solicita pruebas cuando el asunto es transferido al Juzgado del conocimiento.

Además, aunque el Juzgado decretó de oficio la recepción de un testimonio para durante la audiencia pública, la prueba no se practicó, con lo que en definitiva, aunque nominalmente contó siempre con defensor, en la realidad careció de defensa, lo que no le permitió controvertir, precisa, "la prueba aducida en su contra, solicitar prueba de descargo, presentar alegatos, interponer recursos legales...", transgrediéndose la garantía constitucional del debido Proceso por la ausencia de defensa técnica.

Luego de algunos comentarios en torno a la situación y a la importancia del derecho de defensa, comenta que a su ingreso ya al final del Proceso, como representante del implicado formuló idénticos planteamientos ante los funcionarios judiciales pero sin resultados, como que se le advirtió que había precluído la oportunidad para solicitar en instancia nulidades.

Seguidamente comenta la imposibilidad que dada su tardía llegada al Proceso tuvo para ejercitar su labor, advirtiendo que su poderdante a lo largo del Proceso alegó su inocencia; que la prueba de absorción atómica para él fue negativa mientras que para su compañero de andanzas que falleció en el enfrentamiento con la Policía sí fue positiva.

Tras mencionar como normatividad de respaldo de su discurso los artículos 305-2° y 3° del C. de P.P. y 29 de la C.N., solicita la casación total de la sentencia y la declaratoria de nulidad de la actuación a partir e inclusive de la indagatoria de su cliente.

El Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera entrado en razón el alegato de la censura, y por ende, respaldándolo, sugiere la casa

ción de la sentencia, pero aclarando que la invalidación de lo actuado debe hacerse a partir e inclusive de la resolución de definición de la situación jurídica del procesado; además, solicita la expedición de copias para que se investigue disciplinariamente la conducta de los abogados que fueron nombrados defensores de oficio y dejaron de cumplir su deber.

Encuentra que efectivamente el procesado careció de una efectiva defensa, pues los abogados que le fueron designados de oficio ninguna actividad desplegaron en su favor y él mismo tampoco realizó actos orientados a ella, limitándose a ofrecer deficientemente su versión de los hechos y a negar por negar su participación, sin que ello implicase el ejercicio del derecho que le asistía.

Acota, con comentarios sobre la garantía de la defensa, que durante el tiempo en que el implicado careció de ella "se evacuaron importantes diligencias de investigación que no fueron discutidas...": que al defensor posesionado el mismo día del cierre investigativo no se le informó personalmente de esta decisión judicial sino que se prefirió comunicársela por telegrama la fecha de la notificación por estado, sin que el profesional presentase alegato; que tampoco éste concurrió a notificarse de la resolución calificatoria, como tampoco respondió de manera alguna al traslado para preparación de audiencia; que la representación profesional efectiva sólo vino a presentarse en la fase terminal del Proceso.

Consideraciones de la Corte

No requiere esfuerzo dialéctico alguno admitir que en el caso materia de estudio el sentenciado Tinoco Acero careció de defensa efectiva, en cuanto durante las etapas del Proceso los profesionales del derecho que le fueron designados oficiosamente ninguna actividad para mejorar su situación de compromiso penal realizaron, quedando reducida esa defensa a las explicaciones que rindió en su indagatoria, diligencia ésta cumplida el 23 de julio de 1993, en la que lo asistió la doctora Myriam Lucía Conde, quien ni siquiera se notificó personalmente de la providencia en que se le definió la situación jurídica, la que se expidió el 26 de julio del mismo año. (fls. 55 y 63 cd. ppl.).

El 4 de agosto subsiguiente, junto con el otro procesado otorgó poder al abogado Rosendo Ramírez como su defensor de confianza; pero habiendo advertido la Fiscalía que en la injurada Tinoco Acero había acusado a su compañero de andanzas de portar arma de fuego, consideró incompatible la representación de ambos por un solo abogado, declarándolo así y posteriormente, sin tener presente la incompatibilidad aducida, se nombró defensor de oficio al mismo doctor Rosendo Ramírez, a quien, no obstante haberse posesionado el 12 de octubre, fecha esta en que se dictó auto de cierre de la investigación, se le notificó la providencia mediante comunicación librada tres días después, sin que ello mejorara la situa-

ción, pues el profesional no presentó alegato de conclusión, ni manifestó interés en la decisión calificatoria, quizas por el choque de intereses con que se objetó el poder a él otorgado.

En la misma tónica pasó el Proceso a su fase enjuiciatoria, pues que al traslado para la preparación de la diligencia de audiencia tampoco el profesional ejerció actividad alguna.

Fue sólo hasta el 10 de marzo de 1994 cuando se le designó al procesado defensor público, recayendo el nombramiento en el abogado ahora demandante, quien sólo a partir de la audiencia pública estuvo en situación de poner en actividad su interés por el cliente.

En estas condiciones, formalmente el procesado contó con defensa técnica, pero en la realidad careció de ella y aún de la material, ya que ni los abogados asignados por el Estado, ni él mismo desarrollaron la actividad propia del debate probatorio, que pudiera tenerse como uso de ese derecho fundamental, hollado, incluso por el mismo Estado, que aunque le proveyó uno de oficio, recayó ese nombramiento en quien había sido rechazado por una supuesta incompatibilidad de intereses, lo cual posiblemente le inhibió de actuar, y además, es razón para no compulsarle las copias que demanda el Ministerio Público.

Es que el derecho de defensa se halla garantizado en la Carta Política para ser ejercitado, y muy especialmente por el profesional del derecho en quien recae la obligación de hacerlo efectivo, sea por designación oficiosa o por mandato de parte, pues él como colaborador de la administración de justicia es pieza fundamental en el engranaje procesal, que pese a la eficiencia y rectitud del funcionario judicial requiere para el equilibrio del debate probatorio, de la sabia y prudente intervención del personero del acusado con miras a una real, imparcial y oportuna definición del asunto en litis.

Por ello asiste plena razón al señor representante del Ministerio Público cuando advierte que "Sabido es que la defensa, como garantía procesal tiene carácter absoluto y como tal, su quebrantamiento no depende de la existencia de pruebas suficientes para enjuiciar o condenar, sino de su real ejercicio técnico y material que bien podrían aportar a los órganos administradores de justicia elementos de juicio tendientes bien a la absolución del acusado, ora hacia la disminución de su pena o a la existencia de circunstancias que, en cualquier forma, le resulten favorables".

"El derecho a la defensa es de vital importancia en el desarrollo de toda actuación penal, que ha sido reconocida como fundamental y esencia misma del debido Proceso por los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos, por la Constitución Política, por el Código de Procedimiento Penal y por la Jurisprudencia Nacional".

Y ante la premisa irrefutable de que no basta la nominal existencia de defensor para que esa garantía sea respetada, también comparte la Corte

la afirmación del mismo funcionario, de que "La exigencia de defensa, fundamental como es, no puede quedar en el campo del mero formalismo que se agote con la designación y posesión del defensor, sino que debe manifestarse abiertamente en la actuación, de forma tal que si se produce una inactividad del abogado, el quebrantamiento del derecho solamente puede desconocerse siempre que con fundamento en lo actuado pueda descubrirse que tal abandono se utilizó como estrategia defensiva.

"En caso contrario, es decir, cuando el defensor simplemente no actúa, cuando está ausente del trámite procesal, cuando no manifiesta interés alguno por el asunto a él encomendado, no desarrolla ninguna actividad en relación con el Proceso que debe atender, es evidente que la actuación nace viciada de nulidad porque no se respeta la base fundamental del Proceso que requiere el ejercicio de la contradicción dialéctica entre acusación y defensa".

Sin embargo, y en ello se aparta la Corte del criterio del Procurador y del impugnante, que la invalidación del Proceso sólo debe cubrir desde inclusive, el auto de cierre de la investigación y respecto de este procesado exclusivamente, dictado el 12 de octubre de 1993, para que reabierto el tracto investigativo, la actuación se surta sin agravio a la garantía en comentario. En tal sentido, se casará el fallo acusado, pues prospera el cargo de la demanda.

De otra parte, en razón de quedar privado de la libertad el procesado por más de 180 días sin calificar el mérito sumarial, se concede la excarcelación previa caución de Quinientos mil pesos ($500.000.oo) y suscripción de diligencia referida en el artículo 419 del C. de P.P..

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal , oído y acogido en parte el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

1o. *Casar* la sentencia recurrida. En consecuencia, *declarar la nulidad* de lo actuado en este Proceso, a partir e inclusive del auto de cierre de la investigación solamente en cuanto a Tinoco hace referencia, de fecha 12 de octubre de 1993, para que se reponga conforme a derecho.

2o. *Conceder* la libertad provisional a Jesús Alberto Tinoco, mediante caución y suscripción de diligencia referidas en la parte motiva. Líbrese, en consecuencia, la boleta de libertad, una vez prestada la caución y suscrita la diligencia y siempre que no esté requerido por asunto diferente a este Proceso.

En firme, *Devuélvase* el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla , Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO-Permisos carcelarios

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del decreto 1542 del doce de junio del pasado año, el permiso administrativo por setenta y dos horas previsto en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados, uno de los cuales consiste en haber descontado una tercera parte de la pena impuesta, la que resulta de computar el tiempo transcurrido en detención y el de redención por trabajo, estudio o enseñanza.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 12388

Aprobado Acta No. 79

VISTOS

El procesado Arvey Daza López, quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Duitama (Boy.), solicita la redención de pena por trabajo y estudio, para lo cual adjunta los certificados de trabajo números 1350, 3751, 3882, 4000, 0259, 0371, 0525, 0761, 0892, 1223 y los de estudio números 1407, 3375, 0404, 0811 y 3317. Agrega además acta del Consejo de Disciplina del centro carcelario donde se encuentra interno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El procesado solicita la redención de pena a fin de tramitar ante las directivas del centro de reclusión el permiso administrativo a que se refiere el artículo 147 de la ley 65 de 1993.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del decreto 1542 del doce de junio del pasado año, el permiso administrativo por setenta y dos horas previsto en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recur-

so de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados, uno de los cuales consiste en haber descontado una tercera parte de la pena impuesta, la que resulta de computar el tiempo transcurrido en detención y el de redención por trabajo, estudio o enseñanza.

En consecuencia, debe la Corte pronunciarse de manera provisional y sólo para dicho efecto sobre la petición de redención de pena por trabajo y estudio que eleva el procesado.

Arvey Daza López fue condenado a la pena principal de doce (12) años y seis meses de prisión, como responsable del delito de homicidio en grado de tentativa, perpetrado en detrimento de Oscar Orlando Vega y José Antonio Guerrero Silva. La sentencia de primera instancia fue proferida el 4 de marzo de 1995 por el Juzgado 35 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, la que confirmó la Sala Penal del Tribunal Superior de esta misma ciudad, el 4 de junio de 1996, al desatar el recurso de apelación que contra dicha providencia se había interpuesto.

El sindicado se encuentra privado de la libertad desde el treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995), por lo que hasta la fecha lleva en detención física treinta y siete (37) meses y cinco (5) días.

De conformidad con los certificados de trabajo números 1350, 3751, 3882, 4000, 0259, 0371, 0525, 0761, 0892, 1223 y los de estudio números 1407, 3375, 0404, 0811 y 3317 expedidos por los Directores de la Cárcel Modelo de Bogotá y Duitama, se informa que el procesado ha trabajado mil cuatrocientas ochenta (1.480) horas y estudiado dos mil cuatrocientas cuarenta y ocho (2.448) horas, pero de acuerdo con el artículo 101 de la ley 65 de 1993 éstas no serán tenidas en cuenta para efectuar el cómputo de redención de pena, toda vez que no obra en el expediente el acta de evaluación de esas actividades.

Hasta la fecha Daza López ha descontado treinta y siete (37) meses y cinco (5) días, *quantum* que resulta inferior a la tercera parte de la pena impuesta, equivalente a cincuenta (50) meses de prisión, resultando improcedente el reconocimiento de la redención de pena solicitada por el interno con el fin de tramitar el permiso administrativo hasta de setenta y dos horas.

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

RESUELVE:

Negar al procesado Arvey Daza López el reconocimiento provisional de la redención de pena por trabajo y estudio, solicitada con la finalidad de tramitar el permiso administrativo previsto en el artículo 147 de la ley 65 de 1993.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Su variación - Relación con la calificación del sumario

Definida la situación jurídica, con medida de aseguramiento o sin ella, el Proceso continúa sin que se encuentre prevista la necesidad de volver a definirla por haberse allegado nuevos medios o ampliado la diligencia de indagatoria, máxime si se toma en cuenta que la etapa instructiva culmina con un más riguroso examen de las pruebas allegadas y de proferirse resolución acusatoria se concreta la denominación jurídica de los hechos por los cuales el procesado ha de responder. Y si el Proceso sigue su curso permitiendo la posibilidad de allegar nuevos elementos de juicio, es de esperarse que los argumentos expuestos en el acto definitorio de la situación jurídica puedan verse modificados de cara a la nueva realidad procesal, sea porque se recopilaron nuevas pruebas o porque sin haber ello sucedido, se tiene una mejor comprensión del asunto. Sintetizando lo dicho, el objeto de la calificación del sumario son los hechos materia de investigación y sobre los cuales se indagó al procesado, para lo cual ninguna limitante constituye lo plasmado en el acto mediante el cual se definió la situación jurídica (Cfr. Sentencia Unica Instancia, julio 31/97. MP. Dr Calvete Rangel).

Es así como se establece que el sentido en que haya sido definida la situación jurídica no tiene el alcance de condicionar el de la decisión calificatoria. Una postura contraria conllevaría a reconocer que solamente puede calificarse el sumario con resolución acusatoria si previamente se ha afectado al procesado con medida de aseguramiento: ni eso lo dice la ley, ni esa interpretación se deduce del ordenamiento que regula la materia.

De llegar a considerarse que el sentido de la calificación está condicionado a lo decidido en la providencia definitoria de la situación jurídica, haría redundante que ambas determinaciones fueran tomadas durante el período instructivo, sobrando, de contera, una de ellas.

Las referencias normativas contenidas en el tipo de celebración indebida de contratos no deben ser establecidas solamente a partir de las normas específicas que gobiernan el Proceso de contratación en deter-

minada entidad, sino del resultado de integrar las generales de orden nacional que regulan la materia, más aun cuando en el texto escrito del convenio se señala expresamente que el marco jurídico que lo rige está integrado por varios cuerpos normativos.

De conformidad con las previsiones del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, son requisitos sustanciales para proferir resolución acusatoria que aparezca demostrada la ocurrencia del hecho y que existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio de prueba que comprometa la responsabilidad penal del sindicado.

Igualmente, el artículo 36 ejusdem señala como presupuestos para precluir la investigación que en cualquier momento de la instrucción aparezca plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse.

Independientemente de que la acción penal estatal para perseguir y sancionar una conducta delictual se halle prescrita, y se imponga su declaración por haber transcurrido ininterrumpidamente desde su realización el tiempo necesario para la configuración de este fenómeno jurídico, si la prueba recaudada da cuenta de haber sido efectivamente realizado el hecho, éste no desaparece por la ocurrencia del fenómeno extintivo, pues en el transcurso del tiempo de suyo no le quita el carácter lesivo de bienes jurídicos tutelados. De donde se desprende que el acaecimiento fáctico demostrado puede ser tomado como evidencia de la pauta de conducta asumida en relación con otros hechos relacionados sobre los cuales la acción penal mantiene vigencia.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 9959

Aprobado acta No. 78 de VI-3/98

Califica la Sala la investigación seguida en contra del Ex-Alcalde del Municipio de Arauca doctor Julio Enrique Acosta Bernal en la actualidad Representante a la Cámara.

Hechos

Con fundamento en resolución de abril 10 de 1992, proferida por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, mediante la cual se dispuso la destitución del doctor Julio Enrique Acosta Bernal del

cargo de Alcalde Mayor del Municipio de Arauca, el doctor Efraín Alberto Varela Noriega presentó en su contra denuncia por los delitos de peculado por apropiación, peculado por destinación oficial diferente, celebración indebida de contratos y prevaricato, reiterando a estos efectos los hechos motivo de la citada sanción disciplinaria, a saber:

1. Celebración de contratos sin el lleno de los requisitos de disponibilidad y registros presupuestales, como el No. 375, para la construcción de las graderías de una manga de coleo; el No. 381, para la construcción de la piscina con olas del parque recreacional de Arauca; el No. 007, para la construcción de toboganes acuáticos; el No. 008, para la construcción de equipos electromecánicos para la piscina con olas; el No. 014, para la interventoría técnico-administrativa de las obras relacionadas con la construcción de la manga de coleo; y, el No. 037, para la construcción de la piscina semiolímpica y de llegada de los toboganes.

2. Celebración de contratos con sobrecostos, como el No. 388, para la cimentación de la torre del palacio municipal; el No. 350, para la construcción de la manga de coleo; el No. 375, para la construcción de las graderías de la manga de coleo; el No. 382, para la interventoría técnico-administrativa de las obras relativas a la construcción del velódromo; y, el No. 014, para la interventoría técnico-administrativa de las obras relacionadas con la construcción de la manga de coleo (fls. 1 a 47 cd. 1).

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento del asunto lo asumió la Unidad de Fiscalías de Arauca, que ordenó adelantar investigación previa contra Julio Enrique Acosta Bernal y Cesar Augusto Zapata Vinasco, Alcalde y Secretario de Obras Públicas del Municipio de Arauca, respectivamente (fls. 49 cd. 1).

Dentro de esta etapa procesal se incorporaron al expediente copias de los siguientes documentos:

- De la Resolución de fecha 4 de septiembre de 1992, mediante la cual el Procurador General de la Nación invalidó, por la vía de revocación directa, la proferida por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, de 10 de abril del mismo año, por estimar que el informe evaluativo que servía de sustento a los cargos en relación con la sobrevaloración en los contratos no cumplía los requisitos de "firmeza, precisión y claridad" que debe reunir todo dictamen, y que la acusación por irregularidades en los certificados de disponibilidad y registros presupuestales contravenía el derecho de defensa, porque en relación con estos hechos no se había llamado a rendir descargos al doctor Julio Enrique Acosta Bernal (fls. 60 a 79 cd. 1).

- Del informe evaluativo al cual se ha hecho referencia, rendido dentro del Proceso disciplinario por Manuel Fernández Acosta y Edgar Mauricio

Casallas Bustos, funcionarios de la Contraloría General de la República y la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, en su orden (fls. 82 a 115 cd. 1).

- De algunos contratos y sus anexos (cuadernos anexos), y del Decreto 156 de 30 de marzo de 1989, por el cual el Alcalde doctor Julio Enrique Acosta Bernal efectuó traslados presupuestales por la suma de $284'260.735.oo, acreditando, entre otros, los artículos 50 y 51 del Capítulo XII del presupuesto, así: Art. 50: Estudio, diseño, interventoría, adecuación y construcción velódromo Municipal: $40'160.783.oo. Art. 51: Estudio, diseño, interventoría, adecuación y construcción manga de coleo: $111'997.538.oo (fls. 159-161 cd. 1).

- De las planillas de ejecución y control del presupuesto de 1988 1989, correspondientes al Capítulo XII, artículos 48, 50 y 51, que tratan, en su orden, de las apropiaciones con destino al parque recreacional, al velódromo municipal y la manga de coleo (fls. 183-185). También, del certificado de disponibilidad presupuestal No. 336, de marzo 27 de 1989, referente al capítulo XII, artículo 51, por valor de $74'997.537.09 (fl.162 cd. 1).

Estos últimos documentos fueron aportados con el informe No. 682 de 30 de septiembre de 1993, rendido por un Contador Público del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Arauca, en el cual se hacen las siguientes precisiones: a) Que el contrato 350, para la construcción de la manga de coleo, se suscribió sin disponibilidad presupuestal, puesto que el Decreto 156, por el cual se trasladaron recursos a dicho rubro, se dictó un día después, de donde surge, a su vez, que el certificado de disponibilidad No. 336, de 27 de marzo, no se ajusta a la verdad; b) Que al revisar el contrato 388, relacionado con la interventoría técnico-administrativa para la construcción del velódromo Municipal, se encontraron adiciones en número y valores muy superiores a los permitidos por el art. 58 del Decreto 222 de 1983; c) Que algunas de las empresas contratistas no aparecen inscritas en la Cámara de Comercio de Arauca ni incluidas en el registro de proponentes, como lo exigen los artículos 7° y 44 del citado Decreto, y d) Que las planillas del libro de ejecución y control del presupuesto presentan notorias irregularidades, como confección a lápiz y falta de totalización (fls. 152 a 158 cd. 1).

Otras irregularidades, como el fraccionamiento de los certificados de disponibilidad y registro presupuestal en la mayoría de los contratos, fueron denunciadas en el informe No. 134 de 3 de agosto de 1993, también del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Arauca (fls.145 a 149), documento en el que se dejó constancia de las dificultades que se presentaban para allegar la historia completa de los contratos, ante el desorden imperante en las oficinas encargadas de su archivo (fls. 145 a 149 cd. 1).

En versión preliminar, el doctor Julio Enrique Acosta Bernal afirma que el Municipio de Arauca tiene un Código Fiscal por el cual se rige la

administración y que los contratos cuestionados se ajustaron a sus preceptos. No es cierto que exista fraccionamiento en los certificados de disponibilidad y registro presupuestales; los certificados existen, cosa distinta es que la Procuraduría no los haya aportado a la investigación disciplinaria. Tampoco es cierto que haya habido sobrevaloración en los contratos, puesto que el dictamen tenido en cuenta para hacer esa afirmación, fue desechado por el Procurador General al revocar la sanción que le había sido impuesta, precisamente por inexacto, porque los peritos no tuvieron en cuenta la totalidad de la obra, ni las incidencias del transporte en los precios unitarios, como tampoco que los valores tomados de las publicaciones de la Cámara Colombiana de la Construcción (Camacol), no pueden aplicarse indiscriminadamente a todas las ciudades. Termina diciendo que la denuncia es un montaje político, y que los cargos a él hechos quedaron sin soporte legal a consecuencia de la revocatoria del Procurador a la decisión que les servía de sustento (fls. 123-125 cd. 1).

En exposición también previa, César Augusto Zapata Vinasco, Secretario de Obras Públicas del Municipio de Arauca durante la administración del doctor Acosta Bernal, refiere que una vez posesionado el Alcalde, dispuso iniciar el Proceso de contratación para el diseño de las obras a realizar, que comprendía la elaboración de los planos de obras civiles, hidráulicas, eléctricas y estructurales, así como las especificaciones técnicas de construcción y el valor presupuestado de las obras; con fundamento en estos estudios, se puso en marcha el Proceso de contratación.

Específicamente en el caso de la piscina y la manga de coleo, se invitó a tres contratistas para que cada cual presentara una cotización de las obras a llevar a cabo teniendo por referencia los planos, diseños y especificaciones entregados por el Municipio el cual contaba con una junta de licitaciones encargada de estudiar y escoger entre las distintas propuestas la más favorable técnica y económicamente, y, con base en este criterio, el Alcalde ordenaba la elaboración del contrato. En relación con los sobrecostos dice que los precios de contratación por unidad de obra, publicados mensualmente por la Cámara Colombiana de la Construcción (Camacol), son aplicables a ciudades capitales como Bogotá, Medellín o Cali, pero no a ciudades como Arauca, donde existen factores de frontera y de acceso a los centros de producción, que desvirtúan los precios de los artículos. Y en relación con el fraccionamiento de los certificados de disponibilidad, asegura no haber tenido participación directa en esta parte del Proceso (fls. 128 a 130 cd. 1).

Se practicaron diligencias de inspección judicial a la Tesorería Municipal de Arauca (fls. 135 y ss. 1), en la cual se obtuvo fotocopia del libro de ejecución presupuestal correspondiente a la vigencia 1989-1990, en los folios relativos al Programa IV Secretaría de Obras Públicas, Subprogramas 36, 50, 52 y 53; en la Cámara de Comercio de Arauca, entidad que hizo

constar que las firmas Empresarial Constructora Record Limitada, Miguel Angel Bravo Ovalle y Edospina S.A. no figuran inscritas, en tanto que Carlos Arturo Esquivel Cangrejo se matriculó el 26 de agosto de 1992 y Hunos Construir Limitada aparece inscrita desde el 15 de junio de 1987 (fl. 166-1); y, a la Oficina de Planeación Municipal en la cual el Ingeniero Alvaro García Ataya manifestó que no se encontró el archivo del registro de proveedores de esas empresas, pudiendo obedecer dicha circunstancia a que no se hubieren inscrito o a que tales documentos se hallen refundidos (fl. 179-2).

Por auto de 4 de octubre de 1993, la Unidad de Fiscalías de Arauca abrió investigación en contra de los doctores Julio Enrique Acosta Bernal y César Augusto Zapata Vinasco y, consecuentemente, dispuso oírlos en declaración indagatoria para que explicaran los cargos contenidos en la denuncia (fl. 186 cd. 1). Pero antes de que esta vinculación se produjera, resolvió expedir copias de la actuación para que, previo reparto entre los funcionarios judiciales, los hechos relativos con cada uno de los contratos cuestionados se investigara por separado, por considerarlos distintos (fls. 194 cd. 1).

Esto dio lugar a la formación de varios Procesos contra los doctores Julio Enrique Acosta Bernal y César Augusto Zapata Vinasco, todos con apertura de instrucción (fls. 345 cd. 1, 630 cd. 2, 1336 cd. 3).

Fue así como ante la Fiscalía Veinticuatro Seccional de Arauca, rindió indagatoria César Augusto Zapata Vinasco, en la cual manifestó haberse desempeñado como Secretario de Obras Públicas del Municipio de Arauca desde el 2 de junio de 1988 hasta el 31 de mayo de 1990, siendo su función dirigir, coordinar y manejar todos los asuntos relacionados con las obras públicas de responsabilidad del Municipio, contando para ello con tres divisiones: la técnica y de interventoría, la de operaciones y finalmente la de servicios públicos. Además participaba en los Consejos de Gobierno, daba el visto bueno para tramitar los pagos a los contratistas, asesoraba la unidad de Presupuesto y brindaba sugerencias al Alcalde para la ejecución del Plan de Desarrollo del Municipio.

De conformidad con lo previsto en el Acuerdo 033 de 1989 o Código Fiscal Municipal, la administración inicialmente contrató el diseño de la Villa Olímpica, integrada por la manga de coleo, el estadio de fútbol, las canchas múltiples y la estructura vial y de parqueos, para lo cual el arquitecto contratado hizo entrega de los planos y maquetas respectivas, las especificaciones de la construcción, las cantidades estimadas de obra y los presupuestos básicos de cada una. En el mismo sentido se contrató el diseño de la pista escuela de ciclismo y el coliseo cubierto.

Dada la magnitud de las obras a realizar, se debió adjudicar un contrato de interventoría para la pista escuela de ciclismo, otro para la manga de coleo y un tercero para el coliseo cubierto y el estadio de fútbol.

Por la vía de la contratación directa, mediante contrato 014 se adjudicó la interventoría de la manga de coleo al arquitecto Carlos Arturo Esquivel, utilizando el sistema de reconocimiento de los costos directos por un factor multiplicador según se especificó en la cláusula quinta del contrato, pues no se contaba con los recursos requeridos para todos los proyectos, que se financiaban con las regalías por explotación del petróleo que recibía el municipio.

Sobre ese contrato se celebraron dos contrataciones adicionales, la primera ampliando el plazo y la segunda incrementando el valor en $20.342.862 correspondientes a los noventa días en que fue aumentado el plazo. El valor del contrato se amplió pese a no haberse modificado los diseños ni las cantidades de obra, por cuanto fueron convenidos por etapas para aprovechar la posibilidad de suscribir contratos adicionales y así agilizar el avance de las obras sin tener que elaborar unos nuevos que demorarían la inversión y la terminación del proyecto. Ello sin descartar la posibilidad de tener que incrementar realmente las cantidades de obra.

Las graderías de la manga de coleo fueron separadas en su construcción de la manga misma, para permitir que el volumen de la obra se pudiera ejecutar simultáneamente por dos contratistas diferentes (fls. 369 y ss. 1).

La Fiscalía Veintiséis Seccional de Arauca, por su parte, practicó inspección judicial sobre los documentos que reposan en la Secretaría de Obras Públicas del Municipio, específicamente los relacionados con los diseños de las graderías de la manga de coleo, en los cuales se incluye el presupuesto estimado de la obra en $379'351.448,oo. (fls. 846 y ss. 2).

Ante ese mismo Despacho Judicial, rindió indagatoria el doctor César Augusto Zapata Vinasco, quien, además de referirse a los estudios preliminares de las obras, manifestó que "el manejo presupuestal era una responsabilidad directa tanto del Secretario de Hacienda como del Alcalde".

Dada la envergadura de las obras a ejecutar, la Administración contrató la interventoría de las graderías de la manga de Coleo con la firma Carlos Esquivel y la interventoría de la manga con la firma Miguel Bravo (fls. 964 y ss. 2).

En ese mismo Despacho también rindió indagatoria el doctor Julio Enrique Acosta Bernal. En dicha diligencia, afirmó que para celebrar el contrato principal 375 se calculó solamente un tramo de la gradería de la manga de coleo, pero al dársele unas especificaciones especiales la cantidad de obra aumentó siendo necesario celebrar dos contratos adicionales; el 02 para aumentar el plazo y el 01 para adición de obra en $35'117.417.69, sin que por ello pueda afirmarse que se fraccionó el verdadero valor del contrato por cuanto el Proceso de contratación se rigió conforme lo disponen el Decreto 222 de 1983 y el Código Fiscal del Mu-

nicipio que autorizara al Alcalde a contratar directamente hasta por $75.000.000.oo, pudiendo adicionarse en el 50% razón por la cual ninguna ilegalidad podía existir en el adicional No. 01. En cuanto a la imputación por sobrecostos en los contratos principal y adicional, sostuvo que fue una apreciación desechada por la Procuraduría, por no corresponder el dictamen a los precios comerciales de Arauca. Y sobre los certificados de disponibilidad y la selección del contratista, afirmó que la expedición de los primeros estaba a cargo de la Secretaría de Hacienda y la Oficina de Presupuesto, y la tarea de selección, a cargo de la Oficina de Licitaciones y Contratos, aparte de que la Secretaría de Planeación y la Oficina Jurídica verificaban que el contratista reuniera los requisitos legales. Para acreditar la existencia de la firma contratista "Empresarial Constructora Record Ltda." aportó copia de una certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá, aclarando que para la época en que se suscribió el contrato, la Cámara de Comercio de Arauca apenas comenzaba a organizarse (fls. 973-979 cd. 2).

Por auto de 28 de abril de 1994, la Fiscalía Veintiséis Seccional de Arauca resolvió la situación jurídica del doctor Acosta Bernal, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra por los cargos que se le hacían en relación con el citado contrato No. 375 de 31 de marzo de 1989, referente a la construcción de las graderías de la manga de coleo (fls. 987 a 994 cd. 2).

Al expediente se incorporó el estudio presupuestal previo al contrato de la tribuna de la manga de coleo, en el cual se estimó que el costo directo ascendería a $379.351.448.oo, y el diagrama de Gantt de actividades que establece un término de 11 meses para su ejecución (fls. 1013 y 1037 2). De igual manera, en relación con la manga de coleo, se estimó que su costo directo sería de $96.037.773.oo (fl. 1038-2), para un tiempo de ejecución de 3.5 meses (fl. 1045-2).

También fueron allegadas las providencias de 31 de agosto de 1993 y 16 de marzo de 1994, dictadas en primera y segunda instancia por la Procuraduría Departamental de Arauca y la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, mediante las cuales el doctor Julio Enrique Acosta Bernal fue sancionado disciplinariamente con 30 días de suspensión del cargo como Alcalde Municipal de Arauca, en razón a haber destinado recursos provenientes de regalías petroleras a obras distintas de educación y salud, con violación del artículo 76 del Código Fiscal de Arauca, y por no aplicar la vigilancia requerida en la ejecución de algunos contratos (fls. 1147 y ss. cd. 2).

En inspección judicial practicada a las graderías de la manga de coleo, con el fin de verificar la ejecución total del contrato No. 375, el perito dejó constancia que la obra se encontraba terminada en un cien por ciento, y que los materiales utilizados en su construcción son de buena calidad (fls. 953 y 960 cd. 2).

La Fiscalía Quinta Seccional de Arauca, allegó copia autenticada del acta de posesión del doctor Julio Enrique Acosta Bernal como Alcalde Municipal de Arauca (fl. 1347-3), de los contratos números 338, 008, 014, 304 y 375, así como algunos de los certificados de registro presupuestal los cuales fueron remitidos por la División de Presupuesto quien hizo la salvedad que los números 153, 225, 152, 021, y 134 "no se encuentran en las carpetas de archivo correspondientes"(fl. 1531-3).

Igualmente, se incorporó fotocopia autenticada de los folios correspondientes a los subprogramas 36, 50, 52 y 53 del Libro de Ejecución Presupuestal de la vigencia fiscal 89-90 (fls. 1535 y ss. 3).

A su turno, la Fiscalía Veintiséis de Arauca, recaudó la "propuesta para la construcción de diez (10) módulos de la Tribuna de la Manga de Coleo"por valor de $73.721.417.10, presentada por la sociedad "Empresarial Constructora Record Ltda."(fls. 1573 y ss. 4).

Las investigaciones fueron unificadas de nuevo y enviadas a la Corte por competencia, en virtud de la calidad de Representante a la Cámara adquirida por el doctor Julio Enrique Acosta Bernal (fls. 972 cd. 2, 1710 a 1724 y 1730 del cuaderno No. 4).

Esta Corporación avocó el conocimiento del Proceso respecto del aforado doctor Acosta y ordenó que la Fiscalía de Arauca reasumiera la investigación en relación con el doctor César Augusto Zapata Vinasco (fls. 21 y ss. del cuaderno de la Corte).

A instancia del Magistrado Sustanciador de este asunto, la Alcaldía Municipal de Arauca allegó al Proceso copias de los contratos Nos. 350 de marzo 29 de 1989, suscrito entre el Municipio y el Arquitecto Miguel Angel Bravo Ovalle, por valor de $74'997.537.09, para la construcción de la manga de coleo; 375 de marzo 31 de 1989, firmado entre el Municipio y la sociedad "Empresarial Constructora Record Ltda.", por valor de $72'828.143.90, para la construcción de las graderías de la manga de coleo; 379 de marzo 31 de 1989, suscrito entre el Municipio y Policarpo Pinzón Flórez, por valor de $37'220.588.12, para la cimentación de la torre del Concejo Municipal; 381 de marzo 31 de 1989, suscrito entre el Municipio y Hunos Construir Ltda., por valor de $71'140.568.oo, para la construcción de la piscina con olas; 007 de mayo 17 de 1989, suscrito entre el Municipio y Edospina S. A., por valor de $28'000.000.oo, para la construcción de toboganes acuáticos; 008 de mayo 17 de 1989, celebrado entre el Municipio y Edospina S. A., por valor de $30'000.000.oo, para la construcción de equipos electromecánicos para las piscinas; 014 de mayo 24 de 1989, suscrito entre el Municipio y el Ingeniero Carlos Arturo Esquivel, por valor de $35'996.415.oo, para la interventoría técnico-administrativa de las obras de la manga de coleo; y, 037 de julio 10 de 1989, entre el Municipio y Hunos Construir Ltda., por valor de $66'841.930.oo, para la construcción de la piscina semiolímpica y de llegada de los toboganes; cada uno con sus anexos principales y contratos adicionales (carpetas 1 a 10).

También se aportó copia del Código Fiscal del Municipio de Arauca (carpeta 11) y de los presupuestos de rentas y gastos municipales para las vigencias fiscales de 1° de abril de 1988 a 31 de marzo de 1989 (fls. 121 a 152 cud. Corte); de 1° de abril de 1989 a 31 de marzo de 1990; y, de 1° abril de 1990 a 31 de marzo de 1991 (carpeta 12). Junto con el presupuesto correspondiente a la vigencia 1988 1989, se anexó copia del Acuerdo 027 de octubre 13 de 1988, por el cual el Concejo Municipal autoriza, hasta el 31 de marzo de 1989, al Alcalde Mayor para ordenar la apertura de créditos adicionales y efectuar los traslados presupuestales necesarios (fls. 160 cd. Corte y 1002 cd. 2).

Al Proceso se allegaron igualmente copias de los contratos Nos. 304 de enero 26 de 1989, suscrito entre el Municipio de Arauca y Edospina S.A., por valor de $36'300.000.oo, para la construcción, montaje y puesta en funcionamiento de la máquina para producir olas (fls. 1438 y ss. cd. 3); 338 de marzo 10 de 1989, suscrito entre el Municipio de Arauca y Policarpo Pinzón Flórez, por valor de $22'648.417.63, para la cimentación de la torre del Palacio Municipal de Arauca (fls. 1112 y ss. cd. 2); y, el 388 de marzo 31 de 1989, suscrito entre el Municipio de Arauca y Calderón Pradilla & Cía. Ltda., por valor de $25'136.820.oo, para la interventoría técnico-administrativa de las obras del velódromo municipal (fls. 69 carpeta No. 6), con sus contratos adicionales.

En ampliación de indagatoria, ordenada por el Magistrado Sustanciador que elabora esta ponencia, el procesado doctor Julio Enrique Acosta Bernal explicó de la siguiente manera los cargos contenidos en la denuncia inicial y respondió las imputaciones por irregularidades originadas en el Proceso de contratación:

Se desempeñó como Alcalde Popular de Arauca desde el 1o. de junio de 1988 hasta el 1° de junio de 1990. Durante ese período, existió una junta de contratación que era el mismo Consejo de Gobierno integrado por los Secretarios del Despacho, aunque el ordenador del gasto era el Alcalde, las decisiones se tomaban de acuerdo con los conceptos de los respectivos Secretarios.

Para la celebración de un determinado contrato, se estudiaba el plan de desarrollo y se establecía la prioridad de las obras a ser ejecutadas luego de lo cual se realizaban los correspondientes estudios técnicos a fin de comprobar el servicio que prestarían, su costo y la disponibilidad de los recursos. Con base en esta evaluación, se pasaba la propuesta al Alcalde quien tomaba la decisión de hacer o no la obra, e igualmente si se iniciaba el Proceso de contratación.

En su administración se determinaron como obras prioritarias aquellas relacionadas con los servicios públicos de acueducto, alcantarillado e interconexión eléctrica nacional y con Venezuela; de igual manera la salud tuvo una prelación muy importante logrando iniciar la construcción

del Hospital San Vicente de Arauca; también la educación fue una de sus metas pues fueron ampliadas las instalaciones de los colegios Simón Bolívar y General Santander, se inició la construcción de la planta física del Colegio Francisco José de Caldas, se amplió el Colegio Nocturno Argemiro Orozco y se brindó un importante apoyo a los colegios privados; de igual suerte se construyeron y reconstruyeron cerca de 15 concentraciones escolares. En cuanto a recreación y deportes, afirma, se crearon escuelas deportivas de fútbol, microfútbol, ciclismo, boxeo, básketbol y coleo; se inició la construcción de la Unidad Deportiva Villa Olímpica de Arauca, que consta de un estadio, un coliseo cubierto, una manga de coleo y la escuela y pista de ciclismo, con lo cual se respondía a la tendencia de los jóvenes de la región. En lo relacionado con la cultura, se construyó el teatro al aire libre o "Forum de los Libertadores", en donde se realiza toda clase de actividades culturales. También se dispuso la construcción del parque recreacional con el doble propósito de brindar recreación a la comunidad del Departamento y fomentar el turismo de la región. Adicionalmente, se construyeron la Urbanización El Bosque, las viviendas para jueces, la villa del maestro y la Urbanización El Prado.

También se hicieron muchas obras menores como parques, centros de salud, restaurantes escolares, y se otorgaron ayudas para los enfermos. Se apoyó el sector agropecuario mediante la creación del Fondo Agropecuario del Municipio y su granja experimental, así como el Colegio Agropecuario de Arauca para capacitar y fortalecer el campesinado de la región, además el Fondo de Vivienda Popular, el Centro Experimental Piloto de Lucha Contra el Cáncer, la Casa de Ancianos y la pavimentación de la ciudad conforme al plan de desarrollo vial.

De los registros de proponentes con que contaba la Oficina de Planeación Municipal, se seleccionaban los contratistas de acuerdo con la clase de obras a realizar y se escogía la persona para que presentara la correspondiente propuesta que era evaluada por la Secretaría de Obras.

Al ser interrogado sobre los motivos por los cuales en los contratos se expidieron certificados parciales de disponibilidad presupuestal por montos menores a los del contrato, aclaró que en todos los contratos por él celebrados, se contó con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y se hicieron los respectivos registros presupuestales teniendo en cuenta que la vigencia fiscal comenzaba el primero de abril de cada año y terminaba el 31 de marzo del siguiente, y que, según su criterio, el certificado de disponibilidad presupuestal está referido a las sumas de dinero con que el Municipio cuenta en Tesorería, rubro que resulta afectado cada vez que se va a efectuar un pago.

Igualmente, que la contratación directa, como procedimiento utilizado en su administración, obedeció a que las propuestas contractuales presentadas resultaban por debajo del monto que exigía el estatuto de contra-

tación para que fuera obligatoria la licitación pública y esos contratos fueron adicionados puesto que la ley permite hacerlo cuando el monto no supere el 50% de su valor inicial.

Ante la pregunta por qué en el certificado de disponibilidad presupuestal número 336 del 27 de marzo de 1989, que soportó el contrato número 350 para la construcción de la manga de coleo, se dice que existe una disponibilidad de $74.997.537,09, es decir, por el valor contemplado en el contrato, y, posteriormente, mediante decreto del 30 de marzo, se incluyó en el presupuesto el valor del contrato junto con el de interventoría, manifestó que estudiaría el caso, pues dijo tener confusión en cuanto a la fecha del registro y la disponibilidad presupuestales, toda vez que éstas son funciones del Secretario de Hacienda y del Jefe de Presupuesto.

En cuanto a las regalías petroleras, como fuente de financiamiento de los programas de inversión, adujo que éstas eran giradas por Ecopetrol para ser incluidas en el presupuesto respectivo, las cuales fueron utilizadas de conformidad con el artículo 76 del Código Fiscal del Municipio en la construcción de la manga de coleo, el coliseo cubierto, el estadio y el parque recreacional de Arauca, esto es en obras públicas, para la educación, recreación y el deporte a fin de prevenir la drogadicción y la realización de actividades subversivas por la juventud. Es así como se crearon escuelas de formación deportiva en natación, fútbol, básketbol, boxeo y atletismo.

A la imputación por sobrecostos en los contratos Nos. 350, para la construcción de la manga de coleo; 375, para la construcción de las graderías de la manga de coleo; 014, de interventoría de las obras a que se contraen los contratos anteriores; y, 388 para la interventoría de la pista de ciclismo, respondió que en ningún caso la ejecución de los contratos superó los costos reales, aunque por razón de que la mayoría de ellos se celebraron por el sistema de precios unitarios y con ocasión de las dos estaciones climáticas perfectamente diferenciadas en el Municipio, en la de invierno los costos se triplicaron resultando indispensable un reajuste de los precios entre el contratista y la Secretaría de Obras, mediante la celebración de un contrato adicional el cual debía refrendar el Alcalde, siendo factible, además, de acuerdo con el concepto de la interventoría, cambiar ciertas especificaciones inicialmente pactadas, aumentándose la cantidad de obra.

En relación con el contrato 350 celebrado el 29 de marzo de 1989, por valor de $ 74.997.537,09, para la construcción de la manga de coleo, explicó que el mismo se realizó por el sistema de precios unitarios en el cual hubo necesidad de celebrar un contrato adicional ante el aumento de la cantidad de obra requerida. En ese contrato se expidió un certificado de disponibilidad presupuestal por el valor del contrato y no por la cifra disponible en el presupuesto, pues aunque tales recursos figuren en el presupuesto, el contrato va siendo cancelado a medida que la obra está sien-

do ejecutada. Aclara no haber realizado licitación por cuanto la propuesta del contratista no excedía de $75.000.000.oo.

La sobrevaloración de este contrato en el 36.3% que equivale a $28.619.964.oo, fue uno de los cargos que le hizo la Procuraduría con fundamento en un informe soportado en los valores unitarios publicados por Camacol y unas supuestas cotizaciones, sin embargo, como las cotizaciones no fueron incorporadas al informe, esta circunstancia le restó claridad y precisión y por ello lo desechó el Procurador General de la Nación.

Y la razón para que al final resultaran contratados más metros lineales de pintura para la baranda de la manga de coleo, radicó en que luego de haberse pintado un porcentaje importante se detectó que el color utilizado no era el adecuado, pues impedía el desarrollo normal de esta práctica, siendo necesario cambiarlo de acuerdo con el concepto de la interventoría y la Secretaría de Obras, aunque la diferencia no fue sino de 140 metros lineales frente a lo proyectado inicialmente.

En relación con el contrato 375 suscrito el 31 de marzo de 1989, por valor de $ 72.828.143.90 para la construcción de las graderías de la manga de coleo, informó haberse celebrado con cargo a dos vigencias fiscales lo cual está permitido por la ley y haberse suscrito contratos adicionales por cuanto al cumplirse la cuantía del principal, de acuerdo con el sistema de precios unitarios, se hizo necesario incrementar la cantidad de obra. En ese caso, el certificado de disponibilidad presupuestal se expidió por el valor del contrato no por el valor de los recursos disponibles. En este contrato, aduce, tampoco hubo sobrevaloración de costos.

En relación con el contrato 014 suscrito el 24 de mayo de 1989 por la suma de $35.996.415 para la interventoría técnico-administrativa de las obras relacionadas con la construcción de la manga de coleo, informó el procesado que los contratos de interventoría tienen un manejo especial y al ser aumentados los contratos de obra, necesariamente aquéllos deben incrementarse.

Aunque el contrato 350 se dio por concluido el 23 de febrero de 1990, la finalización del contrato de consultoría se hizo el 20 de marzo por dos motivos que pudieron haber ocurrido: la ampliación del plazo de la interventoría o que un mes despues hayan enviado el acta de su finalizació para cobrar el respectivo trabajo, sin que haya existido sobrevaloración.

En cuanto al cotrato 007 suscrito el 17 de mayo de 1989 por valor de $28.000.000.oo, para la construcción de los toboganes de la piscina del parque recreacional, esta cuatía fue imputada al presupuesto en dos rubros que no precisa y se expidieron certificados de disponibilidad por sumas que corresponden al valor del contrato, porque esa era la cantidad que iría a cancelar el Municipio.

Sobre el contrato 008 celebrado el 17 de mayo de 1989 por valor de $30.700.000.oo para la construcción de los equipos electromecánicos de la piscina del parque recreacional, dijo que se canceló con imputación al presupuesto de la vigencia 1989 1990. Ante la pregunta relacionada con los motivos que dieron lugar a la expedición de certificados de disponibilidad que sumados ascienden a un total de $41.445.000, refirió "o hay un contrato adicional que no aparece en la documentación o está sobrando una disponibilidad".

En cuanto al contrato 037 celebrado el 10 de julio de 1989 por valor de $ 66.841.930.oo con la sociedad Hunos Construir para la ejecución de las obras civiles de la piscina semiolímpica y de la piscina con toboganes manifestó que si bien este contrato fue imputado al programa IV, Subprograma 36 del presupuesto de la vigencia fiscal 89-90, y este rubro no figura en el presupuesto de esa vigencia, existe otro con carácter general al que se hizo la imputación.

Agregó que el sistema de precios unitarios permite cancelar solamente la cantidad de obra realizada y si bien inicialmente se contrató una cantidad determinada de obra, ello no significa que en la práctica este número no varíe, siendo ese el motivo por el cual se suscribieron los contratos adicionales.

Sobre el contrato 381 celebrado el 31 de marzo de 1989 por valor de $71.140.568 para la construcción de la piscina con olas del parque recreacional, manifestó que fue imputado a los artículos 35 y 36 del programa IV del presupuesto 89-90 a los cuales se podía imputar el pago de las obligaciones contraídas, pues el nombre del rubro no varía sino el origen de los recursos que pueden provenir del Impuesto al Valor Agregado, regalías petroleras, o propios del Municipio.

Respecto del motivo por el cual figura el certificado de disponibilidad presupuestal número 320 por $18.610.294 sin existir contrato adicional que justificara esa erogación, respondió que "no podría explicar precisamente esta pregunta ya que me tocaría confrontar y buscar los documentos del respectivo contrato, los cuales haré llegar oportunamente con sus explicaciones respectivas"aunque aclaró no ser cierto que en ese contrato exista un sobrecosto.

Negó igualmente que hubiesen existido mayores valores en la celebración del contrato 388 suscrito el 31 de marzo de 1989 para la interventoría de la pista de la Escuela de Ciclismo, pues por tratarse de un contrato de interventoría, tiene un procedimiento especial para determinar su cuantía, en la medida que si aumentan los precios de la obra, debe aumentar también el valor de la interventoría.

Concluye afirmando que algunos rubros iniciales del presupuesto resultaron afectados con adiciones o traslados presupuestales, lo cual explica la inconsistencia entre la apropiación inicial y el monto de la imputación de los contratos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cerrada la investigación, dentro del término previsto por el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, sólo hizo uso de este derecho el defensor del procesado.

Luego de hacer alusión a la actuación surtida, considera que la calificación del mérito probatorio solamente debe versar en lo relacionado con el contrato 375 de 1989, por cuanto, en su criterio, únicamente en relación con él, dentro del Proceso adelantado para esclarecer tales hechos, se cumplió con el requisito de resolver la situación jurídica antes de clausurarse la investigación.

Al respecto anuncia que conforme lo prescribe el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, la situación jurídica debe ser definida en relación con cada hipótesis delictiva "de manera que antes de cerrarse la investigación, el procesado conozca el criterio provisional del instructor en cuanto a la calificación de los hechos y la valoración de la prueba que afirma o desvirtúa su presunta responsabilidad".

Como en criterio de la defensa, la definición de la situación jurídica previa al cierre de la investigación constituye una garantía material, los alegatos se referirán exclusivamente al contrato 375 de 1989.

Para que se configure la imputación por el delito de celebración indebida de contratos, no basta que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales del respectivo contrato, sino que, además, resulta indispensable demostrar que dichas irregularidades tuvieron origen en el propósito del funcionario de obtener provecho ilícito para sí, para un tercero, o para el contratista.

En cuanto al ingrediente normativo "requisitos legales esenciales del contrato"contenido en la descripción típica prevista en el artículo 146 del Código Penal, considera que ofrece dificultad para la adecuación de la conducta en cuanto no existe disposición legal que permita distinguir en los contratos entre los requisitos esenciales de los no esenciales. Y, si bien no estima necesario que se dé aplicación a la excepción de inconstitucionalidad por imprecisión de los elementos descriptivos de la conducta que el tipo penal recoge, su aplicación no resulta viable si son tomados en consideración los principios rectores del Código de Procedimiento Penal.

Aunque dice no desconocer los pronunciamientos de la Corte sobre este tipo penal, estima necesario que se retome el debate a fin de dilucidar el alcance del ingrediente normativo previsto en la citada norma.

Considera inaplicable el Decreto 222 de 1983 a efectos de determinar si debió realizarse licitación pública, pues el marco normativo de este contrato era el Código Fiscal de Arauca.

En consecuencia, mal puede afirmarse que al no haberse observado la formalidad de la licitación pública, se incurrió en el delito, puesto que conforme al Código Fiscal de Arauca y dado el monto del contrato, ella no era exigible. Tampoco que se burló la licitación mediante su fraccionamiento, puesto que las adiciones realizadas obedecieron al fenómeno de la imprevisión, propio de los contratos por el sistema de precios unitarios. De no haberse empleado este sistema, obligaría al contratista a efectuar la totalidad de la obra pese a no haber formulado propuesta en ese sentido.

No es cierto que se hubiese incurrido en sobrecostos como se dijo en la denuncia, pues el sistema utilizado impide que el costo total de la obra se incremente a través de la sobrevaloración global y la documentación allegada demuestra que la cantidad de obra contratada fue efectivamente realizada; tampoco existe prueba que indique que los precios pactados no corresponden a los del mercado de la ciudad de Arauca.

Al haberse demostrado que antes de celebrarse el contrato 375 el Alcalde exigió al funcionario competente el certificado de disponibilidad presupuestal, así como los certificados de registro en el presupuesto para cancelar las entregas parciales según las actas respectivas, se descarta la irregularidad atribuida de haber inobservado la necesidad de contar con disponibilidad presupuestal.

En caso de advertirse alguna irregularidad, tales observaciones deben hacerse al Jefe de Presupuesto Municipal y no al Alcalde.

Aunque el artículo 146 del C.P. no hace referencia al cumplimiento de los requisitos formales, los previstos en el artículo 122 del Código Fiscal fueron satisfechos con el contrato 375 por cuanto se allegó certificado de inscripción del contratista en el registro de proponentes del Municipio de Arauca, la propuesta contractual presentada, los certificados de disponibilidad presupuestal, los registros presupuestales, las publicaciones en el Diario Oficial, los pagos de derechos de timbre, las actas de iniciación, pago y terminación de obras, así como de las entregas parciales y definitivas, y las pólizas de seguro correspondientes.

Como se demostró, dice, con el contrato 375 se cumplieron los requisitos esenciales y formales, por tanto los hechos imputados respecto de este contrato son atípicos, debiendo precluirse la investigación.

No obstante plantearse en el Proceso hechos relativos a otros contratos, los cuales, como ya lo dijo, no son susceptibles de ser calificados por no haberse resuelto la situación jurídica respecto de ellos, allega algunos documentos relacionados con los contratos 007, 008, 037 y 381 los cuales eventualmente podrían ser objeto de valoración en relación con el contrato 375 (fls. 170 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA

1. *Cuestión Previa.*

Como el defensor plantea la imposibilidad jurídica de calificar el mérito probatorio por hechos no relacionados con el contrato 375 de 1989, se impone abordar el estudio de esta tesis, antes de emitir pronunciamiento alguno en relación con la totalidad de los que han sido objeto de investigación.

La denuncia formulada por Efraín Alberto Varela Noriega hizo relación a irregularidades detectadas en la celebración de los contratos 007, 008, 014, 037, 350, 375, 381 y 388 de 1989, imputadas al por entonces Alcalde de Arauca y ahora Representante a la Cámara doctor Julio Enrique Acosta Bernal y su Secretario de Obras Cesar Augusto Vinasco Zapata.

El conocimiento de la investigación por los hechos denunciados correspondió a la Unidad Seccional de Fiscalías de Arauca, y la Fiscalía Quinta de esa especialidad dispuso, mediante providencia de enero dieciocho de mil novecientos noventa y cuatro, compulsar copias para la investigación separada de los hechos relacionados con cada uno de tales contratos.

Con posterioridad, las diligencias fueron unificadas en la Fiscalía 24 Seccional de Arauca, la cual, en providencia de diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (fl. 1730-4), remitió el expediente a la Fiscalía Delegada ante la Corte y ésta, a su vez, a la Corte por competencia.

Es así como, el Proceso se inició unificado y pese haberse dispuesto su separación, en estado de unidad se encuentra actualmente por virtud de la conexidad procesal existente entre los diversos hechos puestos en conocimiento de la jurisdicción, derivada de la unidad de sujeto activo, la comunidad probatoria, la unidad de denuncia y el fuero constitucional del sindicado.

También la actuación hace patente, que el procesado Julio Enrique Acosta Bernal rindió indagatoria ante la Fiscalía Veintiséis Seccional de Arauca, en donde se habían unificado las actuaciones relacionadas con los contratos 375 y 388 (fl. 972-2), que allí se definió su situación jurídica absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento (fls. 987 y ss. 2), y se ordenó paralelamente la práctica de pruebas, actuación esta que conserva validez por haberse realizado cuando aún ese organismo tenía competencia para conocer del asunto.

Posteriormente a haberse definido la situación jurídica, la Corte -Corporación que por competencia asumió el conocimiento del Proceso-, estimó necesario escuchar las explicaciones del sindicado en relación con los demás cargos que en su contra se desprenden del expediente, mediante diligencia de ampliación de indagatoria llevada a cabo en esta sede, en la cual se le interrogó en suficiencia sobre los aspectos no considerados hasta ese momento.

Lo cierto es que habiéndose definido en este Proceso la situación jurídica del sindicado Acosta Bernal, se cumplió a cabalidad el requisito del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal para haber decretado el cierre de la investigación como efectivamente se hizo, sin que por el hecho de habérsele ampliado la indagatoria hubiere sido necesario volver a definirla.

Este punto ya lo ha dilucidado la Corte al señalar que definida la situación jurídica, con medida de aseguramiento o sin ella, el Proceso continúa sin que se encuentre prevista la necesidad de volver a definirla por haberse allegado nuevos medios o ampliado la diligencia de indagatoria, máxime si se toma en cuenta que la etapa instructiva culmina con un más riguroso examen de las pruebas allegadas y de proferirse resolución acusatoria se concreta la denominación jurídica de los hechos por los cuales el procesado ha de responder. Y si el Proceso sigue su curso permitiendo la posibilidad de allegar nuevos elementos de juicio, es de esperarse que los argumentos expuestos en el acto definitorio de la situación jurídica puedan verse modificados de cara a la nueva realidad procesal, sea porque se recopilaron nuevas pruebas o porque sin haber ello sucedido, se tiene una mejor comprensión del asunto. Sintetizando lo dicho, el objeto de la calificación del sumario son los hechos materia de investigación y sobre los cuales se indagó al procesado, para lo cual ninguna limitante constituye lo plasmado en el acto mediante el cual se definió la situación jurídica (Cfr. Sentencia Única Instancia, julio 31/97. MP. dr Calvete Rangel).

Es así como se establece que el sentido en que haya sido definida la situación jurídica no tiene el alcance de condicionar el de la decisión calificatoria. Una postura contraria conllevaría reconocer que solamente puede calificarse el sumario con resolución acusatoria si previamente se ha afectado al procesado con medida de aseguramiento ni eso lo dice la ley, ni esa interpretación se deduce del ordenamiento que regula la materia.

De llegar a considerarse que el sentido de la calificación está condicionado a lo decidido en la providencia definitoria de la situación jurídica, haría redundante que ambas determinaciones fueran tomadas durante el período instructivo, sobrando, de contera, una de ellas.

Ahora, las razones expuestas por el memorialista para no alegar en relación con aspectos distintos al contrato número 375 por el que se definió la situación jurídica de su cliente, por que no haberse emitido pronunciamiento por todas las acusaciones que figuran en la denuncia, con posterioridad a la ampliación de indagatoria, le impidió conocer el criterio provisional del instructor sobre la calificación de la conducta imputada y el valor asignado a la prueba allegada, en opinión de la Corte es argumento sin soporte legal, pues la defensa técnica no se encuentra condicionada en su ejercicio al eventual conocimiento del criterio del funcionario a cargo del asunto, a no ser que se tenga una visión limitada de las funciones que dentro del Proceso le corresponde cumplir.

Pero es que además, bajo el pretexto de referirse el libelista al contrato por el cual se resolvió la situación jurídica por la Fiscalía, opta por arrimar pruebas que dicen relación con los contratos por los que se interrogó en la ampliación de indagatoria, demostrándose así que, pese a no haber hecho manifestación en contrario, participa del criterio que ellos sí pueden ser materia de la calificación sumarial.

No existiendo entonces motivo legal que impida adoptar la decisión que corresponde a esta etapa del Proceso, la Corte procederá a impartir calificación al sumario.

2. Los contratos, la actuación del procesado y sus descargos.

2.1. Contrato 350 suscrito el 29 de marzo de 1989 con Miguel Angel Bravo Ovalle por un valor de $74.997.537,09.

Sobre este contrato debe decirse, en primer lugar, que el estudio previo ordenado por la Administración Municipal de Arauca, estableció que el costo directo de construcción de la manga de coleo ascendía a $96.037.773.oo (fl. 1038-3) –suma superior a la autorizada legalmente para la contratación directa–, y que la ejecución de la obra tardaría 3.5 meses (fl. 1045-3).

En el documento contractual se estableció como objeto del mismo "ejecutar por el sistema de precios unitarios todas las obras necesarias para la construcción de la manga de coleo", de acuerdo con las "cantidades y precios establecidos por el Contratista en su propuesta de fecha 14 de marzo/89", en un plazo de 120 días a partir del acta de iniciación de la obra, con cargo al Presupuesto de la vigencia fiscal 88-89, Capítulo XII, artículo 51 (se subraya).

Según los términos pactados, la interventoría "la ejercerá La Secretaría de Obras Públicas Municipal, quien designará El Interventor, el cual tendrá las funciones que en este contrato se establecen y en especial vigilará que no se presenten retrasos en la ejecución de las obras, ni alteraciones que modifiquen las condiciones del diseño y que puedan generar daños o desperfectos. También vigilará el uso de materiales y el seguimiento de los procedimientos técnicos. Comprobará las variaciones de las características del terreno y cualquier otra condición para evitar variaciones que puedan ocasionar desperfectos en la obra. Cuando lo considere conveniente dispondrá los cambios en los planos y en las especificaciones técnicas".

Se señaló además la posibilidad de suscribir contratos adicionales "salvo lo dispuesto en el Título IV del Decreto-ley 222/83, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios"... "teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 58 del decreto ley 222-/83 y demás normas concordantes"(fls. 1 y ss. carpeta 1).

Para el efecto el Secretario de Hacienda y el Jefe de Presupuesto Municipal, con fecha 27 de marzo de 1989, expidieron el certificado de disponibilidad presupuestal número 336 por el mismo valor pactado en el contrato, a favor de Miguel Angel Bravo O. , con cargo al rubro Gastos de Inversión, Secretaría de Obras Públicas, Capítulo XII, artículo 51 (fl. 54 Carpeta 1).

Posteriormente, el 29 de marzo, el Jefe de Presupuesto expidió el Registro Presupuestal número 308, con el cual el monto del contrato quedaba comprometido en el Capítulo XII. Secretaría de Obras Públicas, artículo 51 relativo al "estudio, diseño, interventoría, adecuación y construcción, manga de coleo"del presupuesto de gastos (fl. 55).

Mediante Acuerdo número 004 de 29 de febrero de 1988, el Concejo Municipal aprobó el Presupuesto de Rentas e Ingresos del Municipio de Arauca para la vigencia fiscal 1988-1989 (fl. 121 cno. 1 Corte), en el cual dejó de incluir dentro del Capítulo XII, el Programa 51 mencionado en el contrato (fl. 140).

Estableció, igualmente, que "La partida autorizada por cada concepto, incluida en el Presupuesto de Gastos, deberá aplicarse exclusivamente al objeto determinado en el texto del respectivo artículo presupuestado, sin exceder el monto señalado" (fl. 192).

Además en el artículo 7o. dispuso que "Ningún funcionario del Municipio podrá efectuar gastos o contra-compromisos no contemplados en el presupuesto de gastos respectivo o en exceso del saldo disponible. Quienes efectúen en contravención de esta forma (sic), serán personalmente responsables de las obligaciones contraídas, sin perjuicio de las sanciones Administrativas o penales que le correspondan"(fl. 143).

Este Acuerdo fue adicionado por el número 23 de 7 de octubre de 1988, (fl. 155 cno. Corte), en el cual tampoco se incluyó el rubro 51 para el capítulo XII.

Mediante Acuerdo 027 de octubre 3 de 1988, el Concejo Municipal autorizó al Alcalde hasta el 31 de marzo de 1989, para efectuar los traslados presupuestales necesarios en orden a salvaguardar el equilibrio presupuestal (fl. 160).

Según se colige de la Planilla del libro de Ejecución Presupuestal de ese período fiscal (fl. 183 cno. 1 Fiscalía), mediante Decreto 130 de 10 de enero de 1989 se incorporó al Capítulo XII del Presupuesto de Gastos, Secretaría de Obras Públicas, el artículo 51 relacionado con el Estudio, Diseño, Interventoría, Adecuación y Construcción Manga de Colco, apropiándole inicialmente la suma de $10.000.oo, los cuales fueron comprometidos mediante Acuerdo de Gastos Número 024 del día 13 del mismo mes y año, quedando un saldo disponible de cero pesos.

Mediante Acta número 002 de 24 de marzo de 1989, el Consejo de Gobierno Municipal de Arauca, consideró la existencia de disponibilidades

presupuestales para efectuar unos traslados y fortalecer los rubros existentes en el presupuesto, entre ellos el artículo 51 del Capítulo XII de la Secretaría de Obras Públicas "Estudio, Diseño, Interventoría, Adecuación y Construcción Manga de Coleo", al cual se le deberían asignar $ 111.997.538.oo, recomendándose la expedición inmediata del Decreto correspondiente (fl. 197 Cno. 1 Corte).

El Alcalde Mayor de Arauca, autorizado por el Concejo Municipal y conforme a lo debatido en el Consejo de Gobierno, como se dejó visto, el 30 de marzo de 1989 expidió el Decreto 156 de ese año, mediante el cual acreditó el artículo 51, Capítulo XII, Secretaría de Obras Públicas, del Presupuesto 88-89, en la suma de $111.997.538.oo (fl. 159 cno. 1 Fiscalía).

Se tiene de lo dicho que para la fecha de suscripción del correspondiente contrato, 29 de marzo, no se habían efectuado los traslados presupuestales al rubro que debía soportar su celebración, por lo cual, tanto el certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 27 como el de registro de fecha 29, fueron expedidos sin existir dicha partida.

La obra fue iniciada el 12 de mayo de 1989, según acta suscrita por el Secretario de Obras, el interventor contratado para estos efectos, Carlos Esquivel Cangrejo, el Jefe de la División Técnica y el Contratista (fl. 71), pese a que expresamente en el contrato se contempló que la interventoría la realizaría directamente la Secretaría de Obras Públicas.

El 23 de agosto, con la participación del interventor, el Secretario de Obras y el contratista, se suscribió el Acta de obras adicionales, en la cual se da cuenta que el contratista solicitó la aprobación de las obras allí indicadas, a un costo de $ 32.465.302.95 (fl. 84).

El 8 de septiembre, también mediante acta, se consideró la necesidad de ampliar el plazo del contrato en 45 días adicionales al inicialmente pactado, por "notación de fallas de suelos en la villa por causa de fuertes lluvias en la región"(fl. 72), como también se consideró el 26 de octubre para ampliarlo en 96 días, por razón de "la ejecución de obras adicionales necesarias para la terminación de la construcción de la manga de coleo"(fl. 74), no obstante no haberse celebrado aún ningún contrato adicional por ese concepto.

En abierta transgresión del mandato establecido por el artículo 58 del Decreto 222 de 1983 que dispone que "en ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas", cuando el contrato principal había vencido desde el 12 de septiembre, el 30 de octubre de 1989, en atención a que las partes han "convenido hacer una adición al contrato principal No. 350 de marzo 29/89, debido a que las cantidades de obra contratadas en el mismo no fueron suficientes para la terminación total

del contrato", mediante Contrato Adicional 01 se pactó "la construcción de obras adicionales al contrato No. 350/89, cuyo objeto es ejecutar por el sistema de precios unitarios todas las obras necesarias para la construcción de la manga de coleo en el Municipio de Arauca", por un valor de $32.465.302,95, el que sería cancelado con cargo al Presupuesto de la vigencia fiscal 89-90, programa IV, Subprograma 52, ampliando el plazo de ejecución en tres meses y dejando vigentes las demás cláusulas pactadas (fl. 58), lo cual constituye la realización del tipo de celebración indebida de contratos, por haberse dispuesto la ampliación del plazo y adición de su objeto, en fecha para la cual el término pactado había fenecido.

Observa la Corte, que, además de las puestas de presente, este contrato presenta otras varias irregularidades:

El valor total del contrato principal y el contrato adicional 01, ascendió a la suma de $107.370.407.oo, el cual no podía efectuarse por el sistema de contratación directa, sino mediante el de licitación previsto en el artículo 125 del Código Fiscal de Arauca (Acuerdo 033 de 1988) por exceder la suma de setenta y cinco millones de pesos.

A esta conclusión se llega si se tiene en cuenta que el objeto del contrato fue el de realizar todas las obras necesarias para la construcción de la manga de coleo, y que el presupuesto proyectado de la obra superaba la cifra de noventa y seis millones de pesos (fls. 1038-3), de donde se concluye que la propuesta del contratista debió ajustarse a los términos de referencia del proyecto presentado por la administración para la ejecución de la obra. No obstante en maniobra elusiva de la obligación legal de suscribir el contrato por el mecanismo de la licitación privada, obviamente que previo acuerdo con la administración, el contratista para no ajustar su propuesta al objeto del contrato, omitió incluir algunas obras necesarias con el inocultable propósito de disminuir el valor de la propuesta, por ende del contrato, a términos que hicieran posible la contratación directa y luego suscribir un contrato adicional que permitiera la total terminación de la obra, tal y como lo refirió el Secretario de Obras César Augusto Zapata Vinasco al decir "no es que hubiera modificado los diseños ni las cantidades de obras sino que aplicando el principio que le explicaba antes por etapas se aprovechaba la suscripción de los contratos adicionales para agilizar el avance de las obras, esa era la razón por la cual nosotros para evitar la elaboración de contratos nuevos que demorarían la inversión y terminación del proyecto"(fl. 367-1).

A este respecto, conveniente es recordar los términos de referencia sobre las cantidades estimadas de obra, así como su costo, según el diseño previamente elaborado:

ITEM	DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.	VALOR TOTAL
1.	PRELIMINARES			
	LOCALIZACION	M²	7.110.40	$ 203.357.00
	PROVISIONAL AGUA	TT	1.00	$ 332.046.00
	CAMPAMENTO	M²	9.00	$ 183.371.00
	DESCAPOTE 20 MAQUINA	M²	7.110.4	$ 4.636.549.00
	NIVELACION TOPOGRAFICA	M²	7.110.4	$ 1.016.787.00
	MOVIMIENTO DE TIERRA	M³	711.04	$ 477.690.00
	REPLANTEO CERCA	M²	1.519.98	$ 215.183.00
2.	CIMENTACION			
	EXCAVACION A MAQUINA	M³	1.156.92	$ 3.441.143.00
	EXCAVACION A MANO	M³	64.98	$ 211.860.00
	CONCRETO CICLOPEO	M³	15.22	$ 382.251.00
	PERFILADA A MANO	M²	7.110.40	$ 203.357.00
	RECEBO COMPACTADO	M³	2.448.50	$ 2.170.840.00
3.	DESAGUES			
	TUBERIA DE GRES 4"	ML	111.00	$ 151.269.00
	TUBERIA DE GRES 6"	ML	100.00	$ 231.946.00
	TUBERIA DE GRES 8"	ML	100.00	$ 303.446.00
	TUBERIA DE GRES 10"	ML	50.00	$ 210.639.00
	LECHO FILTRANTE	M³	1.206.68	$ 18.283.952.00
4.	PISOS			
	CONTRAPISO 10 3000	M²	2.248.50	$ 8.711.371.00
	GRAMILLA	M²	4.661.50	$ 4.999.887.00
5.	CARPINTERIA METALICA			
	CERCA DE TUBO HG 16	ML	1.519.98	$ 16.405.749.00
	PUERTA TUBO 200 HG 16	UN	10.00	$ 736.450.00
	PUERTA TUBO 120 HG 16	UN	9.00	$ 541.827.00
	PUERTA CORREDERA	UN	3.00	$ 221.364.00
	PUERTA CARRUSEL	UN	1.00	$ 295.152.00
	PUERTA GUILLOTINA	UN	1.00	$ 158.444.00
	CERCA LAMINA ALFAJOR 12	M²	37.80	$ 708.107.00
6.	PINTURA			
	PINTURA ORNAMENTACION	M²	75.60	$ 93.135.00
7.	VARIOS			
	LIMPIEZA GENERAL Y REMATES	M²	7.110.468	$ 508.395.00
	COSTO DIRECTO DEL PROYECTO			**$ 88.097.773.00**

Igualmente, pertinente resulta traer a colación la propuesta contractual presentada y aprobada por el entonces Alcalde y ahora procesado doctor Acosta Bernal mediante la suscripción del contrato número 350 (fls. 10 y ss. Carpeta 1):

ITEM	DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
1.	PRELIMINARES				
1,01	LOCALIZACION	M²	7.110.40	$	217.791.55
1,02	CAMPAMENTO	GL	1.00	$	409.581.06
1,03	DESCAPOTE 20CM	M³	7.110.40	$	8.526.791.06
1,4	NIVELACION TOPOGRAFICA	M³	7.110.40	$	841.800.26
1.05	RETIRO DE SOBRANTES	M³	711.04	$	2.697.749.75
1,06	REPLANTEO CERCA	M²	1.519.98	$	213.982.78
2.	CIMENTACION				
2,01	EXCAVACION A MAQUINA 50 CM.	M³	1.156.92	$	1.872.475.02
2,02	EXCAVACION A MANO	M³	64.98	$	160.129.24
2,03	CONCRETO CICLOPEO	M³	15.22	$	492.298.21
2,04	PERFILADA A MANO	M²	7.110.40	$	681.460.74
2,05	RELLENOS EN RECEBO	M²	2.448.50	$	5.819.056.13
3.	DESAGUES				
3,01	TUBERIA DE GRES 4"	ML	111.00	$	178.474.68
3,02	TUBERIA DE GRES 6"	ML	100.00	$	243.208.00
3,03	TUBERIA DE GRES 8"	ML	100.00	$	357.117.00
3,04	TUBERIA DE GRES 10"	ML	50.00	$	266.114.50
3,05	LECHO FILTRANTE	M³	1.206.68	$	15.233.104.19
4.	PISOS				
4,01	CONTRAPISO DE 3000 E 10CM.	M²	1.00	$	5.806.83
4,02	PRADIZACION	M²	1.00	$	1.752.86
5.	CARPINTERIA METALICA				
5,01	BARANDA METALICA HG 2"	ML	1.360.00	$	36.553.848.80
5,02	PUERTA TUBO 2.00 HG 2"	UN	00	$	00
5,03	PUERTA TUBO 1.20 HG 2"	UN	00	$	00
5,04	PUERTA CORREDERA HG 2"	UN	00	$	00
5,05	PUERTA CARRUSEL HG 2"	UN	00	$	00
5,06	PUERTA GUILLOTINA HG 2"	UN	00	$	00
5,07	CERCA LAMINA ALFAJOR 1/4"	M²	00	$	00
6.	PINTURA				
6.01	PINTURA BARANDA HG 2"	ML	1.00	$	2.084.67
6.02	PINTURA ORNAMENTACION	M²	1.00	$	2.697.14
7.	VARIOS				
7,01	LIMPIEZA GENERAL Y REM	GL	1.00	$	200.122.00
	COSTO TOTAL DE LA PROPUESTA			**$**	**74.977.537.09**

De cotejar esta propuesta con la establecida en los términos de referencia (fl. 1038-3), se observa que el contratista no incluyó, y ésto lo aceptó la Administración del Alcalde Acosta Bernal, los capítulos relativos a pisos, carpintería metálica, pintura y varios, no obstante suscribió el contrato con el objeto de realizar "todas las obras necesarias para la construcción de la manga de coleo en el Municipio de Arauca".

Igualmente, pese a lo estipulado en los términos de referencia y en la propuesta inicialmente presentada, los ítems incluidos en el contrato adicional fueron los siguientes (fls. 58 y ss.):

ITEM	DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
1.	DESAGUES				
1,01	EXCAVACION A MANO	M³	6.60	$	12.807.75
1,02	CAJAS DE PASO	UN	7.00	$	199.456.74
1,03	CANAL DE DESAGUES	ML	700.00	$	4.491.851.00
2.	EMBARCADERO				
2,01	RELLENO	M³	2.28	$	5.180.94
2,02	MUROS EN CICLOPEO	M³	1.00	$	45.278.13
2,03	PLACA MACIZA 0.2	M²	6.00	$	60.901.68
3.	MAMPOSTERIA				
3,01	BLOQUE	M²	171.00	$	780.991.20
4.	PAÑETES				
4,01	FILOS Y DILATACIONES	ML	346.00	$	320.582.84
4,02	MURO LISO 1:4	M²	342.00	$	754.558.02
5.	PISOS				
5,01	CONTRAPISO DE 3000 3=10CM	M²	1.702.96	$	9.888.799.22
5,02	PRADIZACION	M²	5.364.67	$	9.403.515.46
6.	CARPINTERIA METALICA				
6.01	PUERTA TUBO 2.00 HG 2"	UN	5.00	$	373.197.50
6.02	PUERTA TUBO 1.20 HG 2"	M²	11.00	$	654.368.00
6,03	PUERTA CORREDERA HG 2"	UN	4.00	$	274.326.00
6.04	PUERTA CARRUSEL HG 2"	UN	1.00	$	274.213.00
6,05	PUERTA GUILLOTINA	UN	2.00	$	298.558.00
6,06	CERCA LAM.ALFAJOR 1/4"	M²	37.80	$	987.173.46
7.	PINTURA				
7.01	CARBURO SOBRE PAÑETE	M²	342.00	$	220.996.98
7.02	PINTURA BARANDA HG 2"	ML	1.500.99	$	3.129.068.82
7.03	PINTURA ORNAMENTACION	M²	106.92	$	288.378.21
	VALOR TOTAL OBRA ADICIONAL			$	32.465.302.95

Se advierte así a simple vista que en el contrato adicional se incluyen rubros ya considerados en el contrato principal, otros no establecidos en los términos de referencia, y se aumentan las cantidades de obra inicialmente pactadas para algunos de los ítems, como se aprecia, por ejemplo, en los denominados "localización", "descapote 20 cm", "nivelación topográfica", "retiro de sobrantes", "excavación a mano", "concreto ciclópeo", "tubería de gres 4", y "baranda metálica HG 2".

Por ello resulta imperioso recordar las obras supuestamente entregadas por el contratista en relación con el contrato principal (fls. 86 y ss.):

ITEM	DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
1.	PRELIMINARES				
1,01	LOCALIZACION	M²	8.444.40	$	258.651.97
1,02	CAMPAMENTO	GL	1.00	$	409.581.06
1,03	DESCAPOTE 20CM	M²	8.444.40	$	10.126.524.48
1,04	NIVELACION TOPOGRAFICA	M²	8.444.40	$	999.732.52
1,05	RETIRO DE SOBRANTES	M³	1.256.98	$	4.769.095.25
1.06	REPLANTEO CERCA	ML	1.440.74	$	202.827.38
2.	CIMENTACION				
2.01	EXCAVACION A MAQUINA 50 CM.	M³	.00	$	.00
2,02	EXCAVACION A MANO	M³	400.00	$	986.268.00
2,03	CONCRETO CICLOPEO	M³	24.00	$	776.291.52
2,04	PERFILADA A MANO	M²	687.49	$	65.889.04
2,05	RELLENOS EN RECEBO	M³	00	$	.00
2.06	RELLENO EN MATERIAL COMUN	M³	3.431,04	$	14.437.816.82
3.	DESAGUES				
3.01	TUBERIA DE GRES 4"	ML	691.00	$	1.111.045.08
3.02	TUBERIA DE GRES 6"	ML	00	$	.00
3,03	TUBERIA DE GRES 8"	ML	63.50	$	226.769.30
3,04	TUBERIA DE GRES 10"	ML	30.00	$	159.668.70
3.05	LECHO FILTRANTE	M³	100.94	$	1.274.285.54
4.	PISOS				
4.01	CONTRAPISO DE 3000 E 10CM.	M²	1.00	$	5.806.83
4.02	PRADIZACION	M²	1.00	$	1.752.86
5.	CARPINTERIA METALICA				
5,01	BARANDA METALICA HG 2"	ML	1.450.29	$	38.980.648.07
5,02	PUERTA TUBO 2,00 HG 2"	UN	00	$	.00
5,03	PUERTA TUBO 1,20 HG 2"	UN	00	$	.00
5,04	PUERTA CORREDERA HG 2"	UN	00	$	.00
5,05	PUERTA CARRUSEL HG 2"	UN	00	$	.00

ITEM	DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
5.06	PUERTA GUILLOTINA HG 2"	UN	00	$	.00
5.07	CERCA LAMINA ALFAJOR 1/4"	M²	00	$	.00
6.	PINTURA				
6.01	PINTURA BARANDA HG 2"	ML	1.00	$	2.084.67
6.02	PINTURA ORNAMENTACION	M²	1.00	$	2.697.14
7.	VARIOS				
7.01	LIMPIEZA GENERAL Y REM	GL	1.00	$	200.122.00
	COSTO TOTAL DEL CONTRATO No. 350			**$**	**74.377.536.73**

En cuanto al Contrato Adicional entregó:

1.	DESAGUES				
1.01	EXCAVACION A MANO	M³	5.6	$	13.807.75
1.02	CAJAS DE PASO	UN	7.0	$	199.456.74
1.03	CANAL DE DESAGUES	ML	687.55	$	4.411.960.22
2.	EMBARCADERO				
2.01	RELLENO	M³	4.36	$	10.361.88
2.02	MUROS EN CICLOPEO	M³	2.0	$	90.556.26
2.03	PLACA MACIZA 0.2	M²	12.0	$	121.803.36
3.	MAMPOSTERIA				
3.01	BLOQUE	M²	0.0	$	00.00
4.	PAÑETES				
4.01	FILOS Y DILATACIONES	ML	0.0	$	00.00
4.02	MURO LISO 1:4	M²	0.0	$	00.00
5.	PISOS				
5.01	CONTRAPISO DE 3000 3=10CM	M²	1.643.17	$	9.541.608.85
5.02	PRADIZACION	M²	6.017.84	$	10.548.431.03
6.	CARPINTERIA METALICA				
6.01	PUERTA TUBO 2.00 HG 2"	UN	11.00	$	821.034.50
6.02	PUERTA TUBO 1.20 HG 2"	M²	9.00	$	535.392.00
6.03	PUERTA CORREDERA HG 2"	UN	5.00	$	342.907.50
6.04	PUERTA CARRUSEL HG 2"	UN	1.00	$	274.213.00
6.05	PUERTA GUILLOTINA	UN	0.00	$	000.000.00
6.06	CERCA LAM. ALFAJOR 1/4"	M²	74.00	$	1.982.561.80
7.	PINTURA				
7.01	CARBURO SOBRE PAÑETE	M²	0.00	$	00.00
7.02	PINTURA BARANDA HG 2"	ML	1.502.49	$	3.132.195.83
7.03	PINTURA ORNAMENTACION	M²	147.00	$	396.479.58
	VALOR TOTAL OBRA ADICIONAL			**$**	**32.372.370.29**

Valor total contratos 350 y Adicional $107.370.407.02

Si se da en considerar que las obras adicionales extemporaneamente contratadas, no obedecieron a ninguna clase de imprevisto como lo quiere hacer notar la defensa en su alegato, ni a la modificación de sus especificaciones técnicas como lo aduce el procesado, puesto que no obra ninguna comunicación de la administración que de cuenta de dicha necesidad como lo exigía el contrato, sino que de manera deliberada no fueron incluidas en la propuesta inicial del contratista pese a ser indispensables para la terminación de la obra, este hecho indiscutiblemente muestra la sustracción del procesado al procedimiento legal de la licitación para ubicarlo en el monto que permitía la contratación directa, lo que constituye, a no dudarlo, el delito de celebración indebida de contratos (art. 146 C.P.), el cual, actualmente no obstante se halla prescrito por haber transcurrido desde su realización un término superior a los seis años y ocho meses.

Como resultado de comparar los ítems y valores contratados con los finalmente entregados por el contratista, se observan inexplicables diferencias que condujeron a aumentar los valores en muchos de los rubros de la obra, así no se hubieren realizado otros que lógicamente harían disminuir el valor del contrato.

Tampoco se encuentra explicación a la circunstancia de haberse expedido el certificado de disponibilidad presupuestal número 336, precisamente por el mismo valor del contrato principal en fecha en la cual éste no se había suscrito, cuando lo procedente era que este certificado se expidiera a nombre de la administración que lo requería, y por el monto de los recursos "disponibles"en el rubro que pretendía ser afectado con el contrato.

Pero hay más, este certificado, junto con el registro presupuestal número 308, se encuentran afectados de alteración en su contenido, pues aun cuando no se cuestiona su autenticidad material, es lo cierto que ellos corresponden a un contenido no acorde con la verdad toda vez que para la fecha en que fueron expedidos, el rubro presupuestal correspondiente al Capítulo XII, artículo 51, del Presupuesto de Ingresos y Gastos del Municipio de Arauca de la vigencia fiscal 88-89 (fl. 121 cno. 1 Corte), no contaba con disponibilidad alguna, pues, como ya se anotó, los $10.000.oo que le habían sido incorporados mediante Decreto 130 de 1989 (enero 10), habían sido comprometidos con la expedición del Acuerdo de Gastos número 024, y la adición presupuestal por $ 111.997.538,oo, solamente vino a hacerla el Alcalde Mayor del Municipio, doctor Acosta Bernal, el 30 del mismo mes y año mediante Decreto 156 de 1989, según se estableció de lo que consta en el Libro de Ejecución y Control Presupuestal (fl.183 cno. 1) y lo contempló el mencionado decreto de traslados presupuestales (fl. 159-1).

Se tiene entonces, que además de haber celebrado el contrato número 350 sin contar con la apropiación presupuestal correspondiente, lo cual de suyo implica la realización del tipo que define y sanciona el delito de

peculado por aplicación oficial diferente (art. 136 C.P.) por comprometer sumas superiores a las fijadas en el rubro correspondiente del presupuesto de gastos, también en la actualidad prescrito, el sindicado celebró el contrato con base en un certificado de disponibilidad que hizo expedir a sabiendas de no contar el presupuesto con dichos recursos.

Prueba elocuente que el doctor Julio Enrique Acosta Bernal conoció de antemano la ausencia de los recursos suficientes en el presupuesto para suscribir el mencionado contrato, la constituye el hecho de que en la sesión del Consejo de Gobierno celebrada el 24 de marzo de 1989, se previó la posibilidad de acreditar el rubro correspondiente al capítulo XII, artículo 51 del presupuesto precisamente por carecer de recursos presupuestales (fls. 196 y ss. cno Corte).

Esta circunstancia corresponde ampliamente a lo manifestado por el sindicado en la diligencia de ampliación de indagatoria (fl. 71 cno. Corte) cuando afirmó que previamente a la celebración de los contratos conocía de la disponibilidad presupuestal de los mismos y a lo dicho por el Secretario de Obras de entonces, quien afirma que "el manejo presupuestal era una responsabilidad directa tanto del Secretario de Hacienda como del Alcalde"(fl. 964-2).

Pero es que además, en abierta contradicción con la normatividad que gobierna la materia, el procesado ha pretendido hacer creer que el certificado de disponibilidad presupuestal se expide con fundamento en los recursos financieros con que cuente el municipio en esos momentos. Si ello fuera así, ningún sentido tendrían las disposiciones que regulan el presupuesto como acto administrativo con fuerza jurídica vinculante en la planeación y ejecución del gasto público, y la prohibición de comprometer sumas no incluidas o en exceso de los recursos presupuestalmente asignados por el órgano competente, en este caso el Concejo Municipal.

De aceptarse la hipótesis propuesta, quien debería expedir tal constancia, no sería en últimas el jefe de presupuesto sino el Tesorero Municipal, funcionario encargado de recaudar los recursos financieros físicos de la entidad territorial. En otras palabras dicho, distinto es el presupuesto de ingresos y gastos como instrumento de planeación administrativa, de los dineros que ingresen a la tesorería de la entidad, cuya contabilidad ha de ser llevada de manera independiente.

Indudablemente, esta conducta, realizada con conciencia de su antijuridicidad por el doctor Acosta Bernal, se enmarca dentro del contenido típico que recoge el artículo 219 del Código Penal, en el cual se define el delito de falsedad ideológica en documento público, por haber determinado en el jefe de presupuesto la expedición de documentos públicos con contenido contrario a la verdad que poseían ineludible vocación probatoria, cual es acreditar el cumplimiento del requisito de la existencia de recursos en el presupuesto para celebrar el contrato.

Y se afirma que ha de responder a título de determinador como tipo de participación en el delito (art. 23 C. P.), pues si bien no estaba entre sus funciones expedir tales certificados de manera directa como lo adujo, debe tomarse en cuenta que sí era su responsablidad directa y del Secretario de Hacienda el manejo presupuestal, como lo refirió el Secretario de Obras Públicas. También las circunstancias irregulares que rodearon dicho Proceso de contratación indican que la cabeza visible de la administración municipal era la interesada a toda costa en suscribir el contrato principal y el adicional en los términos anotados, aún transgrediendo la obligatoriedad de la licitación que le era exigible dada la cuantía de la obra por realizar, para cuyo cometido era indispensable que el Jefe del Presupuesto y el Secretario de Hacienda –empleados subalternos de la administración municipal– hicieran constar falsamente la disponibilidad presupuestal que en esos momentos, como se demostró, era inexistente.

Tómese en cuenta, además, que por parte alguna del Proceso obran las tres propuestas de distintos contratistas que dijo el procesado haber requerido para la celebración de este contrato; que el Contratista Miguel Angel Bravo Ovalle no se encontraba inscrito en la Cámara de Comercio de Arauca, ni en la Oficina de Planeación Municipal (fls. 166-1 y 179-2); que el diseño de la obra indicaba que su costo directo ascendía a $ 96.037.773.oo (fl. 1038-3) lo cual ameritaba celebrar licitación privada y no obstante el procesado optó por la vía de la contratación directa; que para el momento de la suscripción del contrato, el presupuesto municipal no tenía asignada partida alguna para esa obra, de lo cual era conocedor el procesado por haber sido advertido de ese hecho en la sesión del Consejo de Gobierno (fl. 197 cno. 1 Corte); y que luego de haberse vencido el término de ejecución pactado, suscribió un contrato adicional cuando lo procedente era su liquidación, todo lo cual sin lugar a dudas indica el pervertido propósito de este funcionario de comprometer contractualmente a toda costa los recursos que administraba, así para ello debiera acudir a transgredir la fe pública documentaria.

Pese a los cuestionamientos que se le han hecho al dictamen de los funcionarios de la Procuraduría dentro del Proceso disciplinario que culminó con la revocatoria directa de la decisión sancionatoria, fundamentada no en la inexistencia de los hechos investigados como si en haberse incurrido en irregularidades de orden procesal, los sobrecostos de la obra son evidentes, pues si bien el concepto rendido con ocasión del Proceso disciplinario, en verdad, carece del sustento que permita llegar a una tal conclusión y se ignoran, en consecuencia, cuales fueron en el Municipio de Arauca por la época en que se suscribieron los contratos, los valores de mercado sobre los ítems propuestos por el contratista y aceptados por la administración, es lo cierto que finalmente se pagaron mayores cantidades de obra de las pactadas contractualmente, sin que obre constancia de haberse autorizado su realización.

De cotejar la propuesta presentada, con la aceptada en el contrato adicional extemporáneamente suscrito, surge evidente que mientras en la primera, se ofreció la pradización de solamente un metro cuadrado, a razón de $ 1.752.86 la unidad, en el adicional se contrataron 5.364,67. M², a un costo de $ 9.903.515.46, para finalmente, hacer constar la entrega de 6.017,84 M², con un valor de $ 10.548.431.03 sin que obre razón justificativa de la diferencia. Además, se cobraron ítems no contratados ni autorizados por la administración, como el caso del relleno en material común dentro del rubro de cimentación, cuyo costo final fue de $ 14.437,816.32, todo lo cual obviamente redundó en el incremento final del valor del contrato, eso sin contar con las diferencias que se observan en el ítem de carpintería metálica, donde el contratista, según se hizo constar en el acta de entrega final, y sin la correspondiente autorización exigida en el contrato, se dice que realizó obras superiores a las acordadas.

Obsérvese, además, por ejemplo, el asunto relativo a la pintura de la baranda metálica, pues las razones expuestas por el procesado no se compadecen con los términos de referencia, la propuesta presentada por el contratista y con la suscripción del contrato adicional, esto es que el aumento de los metros lineales obedeció a un error en la proyección sobre el color que debía utilizarse el cual hubo de ser corregido luego de haberse pintado parte de esa estructura, por cuanto tal afirmación dista mucho de la realidad. Pese a haber presentado el contratista propuesta inicial de 1360 metros lineales de baranda metálica omitiendo incluir la relativa a la pintura, en el contrato adicional fueron estipulados 1.500.99 metros lineales de pintura para esa misma obra, surgiendo así una diferencia de 140.99 metros, superior a la longitud de la baranda.

Claro es, desde el punto de vista lógico, que la ejecución del contrato adicional, como sucede con cualquier contrato, no podía haberse iniciado sin que se hubiera perfeccionado. Y, en este caso era imposible determinar con anterioridad a su suscripción, y, por ende, haberse comenzado a pintar la baranda, que el volumen de pintura sería superior al requerido y que esta diferencia se hubiera podido plasmar en el contrato.

La pregunta que objetivamente surge de esta inconsistencia, no puede ser otra distinta a ¿por qué habiéndose estipulado que la baranda metálica tendría 1.360 metros lineales, para pintarla se contrataron 1.500.99 metros también lineales de pintura?. La respuesta, por supuesto, no se encuentra en la explicación suministrada por el procesado, sino en los sobrecostos de la obra.

Lo cierto del caso es que las obras no contratadas pero respecto de las cuales se afirma fueron ejecutadas por el contratista, no obedecieron a un "imprevisto"como lo denomina la defensa, pues no obra en el expediente ninguna comunicación dirigida por el interventor al contratista en donde se le autorice hacer las modificaciones a las especificaciones técnicas ini-

cialmente determinadas o adicionalmente pactadas, como tampoco un acta donde se consigne tal autorización.

Esta circunstancia tampoco encuentra explicación satisfactoria en el sistema utilizado para la celebración del contrato, esto es por el sistema de precios unitarios por obra ejecutada, pues esta modalidad que no tiene el alcance de modificar el objeto del contrato inicialmente celebrado, y, como se destacó, en este caso la omisión de incluir en el contrato principal las obras necesarias para terminar la construcción, refleja simplemente que la apariencia de un hecho imprevisto de la esencia de los contratos adicionales, fue el mecanismo utilizado para reducir el monto del contrato a bases que hacían eludible el sistema de contratación por vía de la licitación privada.

Así aparece patente que los parámetros tenidos en cuenta por el procesado para contratar no fueron en alguna manera las disposiciones que regulaban la celebración de los contratos administrativos, ni siquiera las propuestas contractuales presentadas, mucho menos los valores previamente determinados por el consultor que hizo el diseño de la obra ($96.037.773.00), así se diga que sumados el valor de las obras entregadas por concepto del contrato principal y el adicional ($107.350.407,02), sin contar con la reclamación de ajuste de precios hecha por el contratista (fls. 73 y ss. anexo 2), no superan el valor pactado con la administración ($107.462.840.04).

Sin embargo de lo dicho hasta el momento, como no existen suficientes elementos de juicio que permitan cuestionar las actas de entrega final de la obra, para afirmar que allí se hizo constar la entrega de cantidades realmente no ejecutadas, o que los valores de las unidades pactadas fueron incrementados deliberadamente para obtener aprovechamiento ilícito y que ese fue el procedimiento utilizado para la apropiación de recursos oficiales, habrá la Corte de tener por ajustadas a la realidad dichos documentos, no quedando en esas condiciones otra alternativa que precluir la investigación por el delito de peculado por apropiación por no encontrar reunidos los presupuestos procesales para convocar a responder en juicio al sindicado Acosta Bernal.

En conclusión, como los delitos de peculado por aplicación oficial diferente (por haberse comprometido sumas superiores a las fijadas en el rubro correspondiente del presupuesto de gastos), celebración indebida de contratos (derivados de haberse omitido el procedimiento de la licitación privada y celebrado contrato adicional cuando el término del principal había vencido), en la actualidad se encuentran prescritos por haber transcurrido ininterrumpidamente desde su realización un término superior a seis años y ocho meses, la única actuación procedente en relación con ellos es así declararlo, debiéndose precluir la instrucción por estos conceptos.

De igual manera, también se precluirá la instrucción por concepto del delito de peculado por apropiación, por no existir prueba suficiente de la

que se pueda inferir válidamente que las obras que dice haber realizado el contratista por fuera de las propuestas contractuales aceptadas por la administración, no fueron efectivamente ejecutadas, o que fueron aumentados ilícitamente los precios comerciales de los materiales utilizados, o que fueron pagados al contratista mayores valores de los correspondientes a las obras finalmente entregadas a la Alcaldía de Arauca, en detrimento del tesoro municipal por apropiarse de esos recursos el sindicado, en beneficio suyo, o de un tercero.

No sucede lo mismo en relación con los delitos de falsedad ideológica en documento público, sobre los cuales la acción penal mantiene vigencia, y relacionados con haber determinado el doctor Acosta en los funcionarios de presupuesto y hacienda la conducta de expedir, contrariando la verdad y credibilidad de que gozan los documentos oficiales, el certificado de disponibilidad presupuestal número 336 de fecha 27 de marzo de 1989 y el certificado de registro presupuestal 308 del 29 de marzo siguiente a sabiendas que no podrían ser ciertos por no contar con el recurso en el presupuesto, por cuyos hechos se formularán cargos al procesado, según se desprende de lo que al respecto viene de afirmarse y los cuales se concretan adelante.

2.2. Contrato número 375 suscrito el 31 de marzo de 1989 por valor de $ 72.828.143,90 con la sociedad "Empresarial Constructora Record Ltda."

El objeto del contrato fue "ejecutar por el sistema de precios unitarios todas las obras necesarias para la construcción de las graderías de la Manga de Coleo". El 50 % del valor pactado se imputó al presupuesto de la vigencia 88-89, capítulo XII, artículo 51, el cual sería cancelado una vez perfeccionado el contrato; el otro 50% mediante actas de entrega parciales, con cargo a la vigencia fiscal 89-90, sin señalar rubro específico. El término del contrato fue de seis meses contados a partir de la entrega del anticipo y del acta de iniciación de obra (fls. 1 y ss. Carpeta 2).

El mismo 31 de marzo, el Secretario de Hacienda y el Jefe de Presupuesto, expidieron el certificado de disponibilidad presupuestal número 374, por la suma de $ 36.414.071,95 (50% del contrato) no por el valor disponible en el rubro correspondiente del presupuesto y, en esa fecha, se expidió el registro presupuestal (fls. 58, 59 carpeta 2).

Las obras fueron iniciadas el 12 de mayo de 1989, según acta que obra al respecto (fl. 81) y el 4 de octubre (fl. 105), se suscribió acta de autorización de obras adicionales por valor de ($35.117.417,64), la que se concretó en el contrato adicional 01 del 31 de octubre de ese mismo año ampliando el plazo del principal en tres meses (fl. 6).

Previa solicitud del contratista (fl. 122), el 18 de noviembre se suscribió el contrato adicional 02 (fl. 57), en el cual se dispuso la ampliación del plazo en ciento veinte días debido a la época de invierno. Es de destacar que pese a no haberse modificado el valor del contrato, el Secretario de Obras Públicas Municipales, el 18 de julio de 1990 le expidió al contratista una constancia en donde le asigna $14.661.855,20 a este contrato adicional (fl. 11).

Aunque los certificados de disponibilidad presupuestal allegados al informativo (fls. 58, 60, 62, 64, 66, 68, 71 y 73), no reflejan el monto total cancelado con cargo al presupuesto, ni en el Acta de entrega final de la obra (fls. 113 y ss.) se informa que los valores recibidos por el contratista hubiesen sido superiores, en esta acta se deja expresa constancia que el municipio adeuda $10.357.805,83, por concepto de reajustes a los valores pactados (fl. 116).

A este respecto, conveniente es recordar que no obstante los términos de referencia, la obra tendría un costo directo de $379.351.448.oo (fl.s 1011 y ss. 2) la propuesta contractual inicialmente presentada y aprobada por el entonces Alcalde y ahora procesado doctor Acosta Bernal fue la siguiente (fls. 14 y ss. carpeta 2):

DESCRIPCION		UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
1.	PRELIMINARES				
1,01	LOCALIZACION	M²	813.9	$	44.365.69
1,02	CAMPAMENTO	GL	1.0	$	500.000.00
1,03	DESCAPOTE 20CM	M²	813.9	$	1.053.495.00
1,4	NIVELACION TOPOGRAFICA	M²	813.9	$	115.199.41
1,05	RETIRO DE SOBRANTES	M³	81.54	$	340.380.61
1,06	MEJORAMIENTO GRANULAR	M³	406.90	$	8.226.511.44
1.07	REPLANTEO	M²	813.89	$	238.993.60
2.	CIMENTACION				
2.01	EXCAVACION MENOR DE 2 MTS.	M³	104.80	$	244.905.02
2,02	RELLENO EN RECEBO	M³	2.60	$	2.083.37
2,03	CONTRAPISO	M²	544.90	$	2.270.178.73
2,04	IMPERMEABIL. CIMENTACION	M²	101.80	$	201.485.61
2,05	SOBRECIMIENTO 3000 PSI	M³	101.80	$	519.959.79
2,06	CONCRETO POBRE	M³	2.60	$	142.716.78
2.07	CONCRETO ZAPATA	M³	29.10	$	1.807.558.75
2,08	CONCRETO PEDESTALES	M³	9.40	$	615.793.44
2,09	VIGA DE AMARRE	M³	30.90	$	2.286.161.84
2.10	RELLENO MATERIAL COMUN	M³	75.70	$	133.144.95
2,11	RELLENO RECEBO COMPACTADO	M³	544.90	$	1.585.075.96
3.	ESTRUCTURAS				
3,01	CONCRETO ESCALERA	M³	4.50	$	355.598.42
3,02	CONCRETO VIGA	M³	150.00	$	12.782.790.00
3,03	CONCRETO PREFABRICADOS	M³	69.50	$	6.033.256.78
3,04	CONCRETO COLUMNAS	M³	28.20	$	2.916 506.60
3,05	REFUERZO CIMENTACION	KG	20.592.70	$	10.127.489.86
3,06	REFUERZO CIMENTACION A-37	KG	24.583.00	$	12.044.932.51
4.	CUBIERTA				
4,01	ESTRUCTURA METALICA	KG	1.395.20	$	2.166.592.13
4,02	CANALETA ACESCO 450	M'	166.70	$	1.022.949.55

ITEM	DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
5.	CARPINTERIA METALICA				
5.01	BARANDA METALICA HG 2"	ML	169.40	$	4.062.068.01
6.	PINTURA				
6.01	PINTURA BARANDA HG 2"	GL	166.70	$	197.102.75
6.02	PINTURA CORREAS	GL	110.00	$	488.711.30
7.	OTROS				
7.01	ASEO GENERAL	GL	1.00	$	298.272.00
	COSTO TOTAL DE LA PROPUESTA			**$**	**72.825.000.78**

Igualmente, los ítems incluidos en el contrato adicional (fls. 88 y ss.):

DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
EXCAVACION MENOR	M^3	323.83	$	766.466.75
CONTRAPISO	M^2	180,00	$	794.921.40
CONCRETO POBRE	M^3	12,00	$	656.692.84
VIGA DE AMARRE	M^3	47.00	$	3.477.333.54
RELLENO MAT. COMUN	M^3	270.00	$	474.889.50
CONCRETO P. PREFABRICADOS M3	2.00		$173.618.90	
CONCRETO COLUMNAS	M^3	5.70	$	589.506.65
REFUERZO PDR 60	KG	4.300.00	$	2.144.740.00
ESTRUCTURA METALICA	KG	5.500.00	$	8.540.895.00
CANALETA ACESCO	M^2	420.00	$	2.577.317.40
BARANDA METALICA	ML	40.00	$	959.166.00
PINTURA BARANDA	ML	40.00	$	47.295.20
ESTRUCTURA				
LOZA MACIZA	M^3	25	$	3.021.820.25
DESAGUES E INST. SUBT.				
EXCAVACION MANUAL	M^3	123	$	501.286.50
RELLENO DE EXCAVACION	M^3	123	$	134.316.00
CAJA DE INSP. 60X60	UN	9	$	239.254.65
CAJA DE INSP. 80X80	UN	3	$	123.601.11
CAMARA ELECTRICA	UN	1	$	62.590.50
TUBERIA PVC 4"	ML	135	$	687.692.70
TUBERIA PVC 6"	ML	10	$	74.164.10
TUBERIA PVC 10"	ML	180	$	2.632.032.00
TUBERIA PVC 12"	ML	250	$	4.836.000.00
CAJA INSPECCION 30x30	UN	5	$	73.233.20
VALVULA CHEQUE 12"	UN	1	$	784.550.00
VALOR TOTAL ADICIONAL				**$35.126.928.63**

También resulta importante recordar las obras finalmente entregadas por el contratista (fls. 113 y ss.):

ITEM	DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD.		VALOR TOTAL
1.	PRELIMINARES				
1,01	LOCALIZACION	M²	813.9	$	44.365.69
1,02	CAMPAMENTO	GL	1.0	$	500.000.00
1,03	DESCAPOTE 20CM	M²	1.189.50	$	1.539.665.01
1,4	NIVELACION TOPOGRAFICA	M²	813.90	$	115.199.41
1,05	RETIRO DE SOBRANTES	M³	237.90	$	994.097.88
1.06	MEJORAMIENTO GRANULAR	M³	205.76	$	4.159.974,38
1.07	REPLANTEO	M²	813.90	$	238.993.60
1,08	RELLENO MAT. COMUN COMP.	M³	1.225.00	$	5.154.800.00
2.	CIMENTACION				
2,01	EXCAVACION MENOR DE 2 MTS.	M³	104.80	$	248.049.02
2,02	RELLENO EN RECEBO	M²	0.00	$	0.00
2.03	CONTRAPISO	M²	544.90	$	2.270.178.73
2,04	IMPERMEABIL. CIMENTACION	M²	.00	$	0.00
2,05	SOBRECIMIENTO 3000 PSI	M³	.00	$	0.00
2.06	CONCRETO POBRE	M³	2.60	$	142.716.78
2.07	CONCRETO ZAPATA	M³	33.99	$	2.111.268.12
2,08	CONCRETO PEDESTALES	M³	5.94	$	389.129.04
2.09	VIGA DE AMARRE	M³	30.90	$	2.286.161.84
2.10	RELLENO MATERIAL COMUN	M³	75.70	$	133.144.95
2,11	RELLENO RECEBO COMPACTADO	M³	1.17	$	3.408.45
3.	ESTRUCTURAS				
3,01	CONCRETO ESCALERA	M³	4.50	$	355.598.42
3,02	CONCRETO VIGA	M³	111.67	$	9.516.391.06
3.03	CONCRETO PREFABRICADOS	M³	69.50	$	6.033.256.78
3,04	CONCRETO COLUMNAS	M³	28.20	$	2.916.506.60
3,05	REFUERZO CIMENTACION	KG	20.592.70	$	10.127.469.86
3,06	REFUERZO CIMENTACION A 37	KG	24.583.00	$	12.044.932.51
4.	CUBIERTA				
4,01	ESTRUCTURA METALICA	KG	3.498.65	$	5.433.018.60
4.02	CANALETA ACESCO 450	M²	166.70	$	1.022.949.55
5.	CARPINTERIA METALICA				
5,01	BARANDA METALICA HG 2"	ML	169.40	$	4.062.068.01
6.	PINTURA				
6.01	PINTURA BARANDA HG 2"	GL	160.70	$	197.102.75
6,02	PINTURA CORREAS	GL	110.00	$	488.711.30
7.	OTROS				
7,01	ASEO GENERAL	GL	1.00	$	298.272.00
	COSTO TOTAL DEL CONTRATO PRINCIPAL				**$ 72.808.131.11**

En cuanto al Contrato Adicional entregó:

DESCRIPCION	UN.	CANTIDAD:		VALOR TOTAL
EXCAVACION MENOR	M³	323.83	$	766.466,75
CONTRAPISO	M²	177.84	$	740.709,86
CONCRETO POBRE	M³	12.00	$	658.692,84
VIGA DE AMARRE	M³	47.00	$	3.477.333,54
RELLENO MAT. COMUN	M³	270.00	$	474.099,50
CONCRETO F. PREFABRICADOS	M³	2.00	$	173.618,90
CONCRETO COLUMNAS	M³	5.70	$	589.506,65
REFUERZO PDR 60	KG	4.361.00	$	2.144.739,80
ESTRUCTURA METALICA	KG	5.500,00	$	8.540.895,00
CANALETA ACESCO	M'	420,00	$	2.577.317,40
BARANDA METALICA	ML	40.00	$	959.166,00
PINTURA BARANDA	ML	40.00	$	47.295,20
ESTRUCTURA				
LOZA MACIZA	M³	25.00	$	3.021.820,25
DESAGUES E INST. SUBT.				
EXCAVACION MANUAL	M³	123.00	$	501.286,50
RELLENO DE EXCAVACION	M³	123.00	$	134.316,00
CAJA DE INSP. 60X60	UN	9.00	$	239.254,65
CAJA DE INSP. 80X80	UN	3.00	$	123.601,11
CAJA DE INSP. 1X1	UN	11.00	$	787.033,50
CAMARA ELECTRICA	UN	1.00	$	62.590,50
TUBERIA PVC 4"	ML	135.00	$	687.692,70
TUBERIA PVC 6"	ML	10.00	$	74.164,10
TUBERIA PVC 10"	ML	180.00	$	2.632.032,00
TUBERIA PVC 12"	ML	250.00	$	4.830.000,00
CAJA INSPECCION 30x30	UN	5.00	$	73.233,20
VALVULA CHEQUE 12"	UN	1.00	$	784.550,00
VALOR TOTAL ADICIONAL			**$**	**35.117.413,23**

Valor total contratos 375 y Adicional $107.925.549.34

Nótese, que al igual que sucedió con el contrato 350, en éste, desde el mismo momento de la suscripción del principal, dada la magnitud de la obra a realizar, surgía evidente la necesidad de acudir al sistema de licitación privada previsto en el Código Fiscal del Municipio de Arauca, por virtud de que el valor superaría con facilidad los $75.000.000.oo establecidos como límite a la contratación directa.

No otra explicación se encuentra en la exorbitante diferencia que se presenta entre las cantidades y valores determinados por los estudios y diseños de la obra, la propuesta inicial y la contratada adicionalmente,

como en el caso de los ítems denominados excavación menor, viga de amarre, relleno de material común, la estructura metálica, y la canaleta Acesco, para sólo citar algunos ejemplos que indicarían que los términos de referencia fueron insuficientes, que obviamente no sería el caso, por cuanto la propuesta contractual debió ajustarse a ellos, o que éste fue el mecanismo utilizado para eludir el sistema de la contratación por vía de licitación, que es la respuesta que más se acomoda al interrogante que viene de plantearse, si se considera, además, la expedición fraccionada de los certificados de disponibilidad, no por el valor disponible en el presupuesto sino por el valor del contrato imputable a cada vigencia y lo sucedido con el contrato 350 para la misma obra.

Aquí tampoco tiene cabida la respuesta brindada por el procesado en la diligencia de ampliación de indagatoria cuando adujo que "en este caso se paga es la cantidad de obra que se haya hecho, no la que diga el contrato ni la que diga la propuesta", pues de ser esto cierto, sobrarían las previsiones normativas sobre los parámetros a tener en cuenta en la contratación administrativa con el Municipio de Arauca (Dto. 222/83 y Acuerdo 033/88) y la exigencia de que el compromiso contractual quede consignado por escrito, pues el objeto del contrato puede consistir, según esa particular concepción del procesado, en las exigencias extracontractuales de la administración y en lo que a bien tenga cumplir el contratista. Nada más alejado de la realidad y el régimen jurídico que rige el manejo de los bienes públicos.

Debe destacarse, en el mismo sentido, que el sistema de precios unitarios como mecanismo de contratación, en manera alguna autoriza alejarse del objeto mismo del contrato, pues si bien la propuesta es un estimativo de las obras requeridas para su terminación, ello no significa que esa modalidad permita disminuir abiertamente los valores que una obra requiera para ajustar la propuesta a la modalidad de contratación que más convenga particularmente a los sujetos intervinientes.

Mucho menos el sistema de precios unitarios permite la realización de "obras adicionales"a las contratadas, porque ello naturalmente cambiaría el objeto de contratación, debiéndose, en consecuencia celebrar uno nuevo. Tampoco mediante el aumento en los precios contratados, se llega a esa conclusión por cuanto para precaver la posibilidad de conflicto por ese motivo, la ley ha establecido el procedimiento relativo a la "revisión de precios". Esta modalidad de contratos adicionales solamente puede ser utilizada cuando se presentan "imprevistos"es decir, aquél acaecimiento fáctico que impide que el contrato principal siga adelante a menos de corregirse mediante la adición contractual correspondiente por que las unidades de obra inicialmente pactadas resultan insuficientes para el cumplimiento de su objeto. Tal sería el caso, por ejemplo, cuando se estima que la excavación que requeriría la obra es de 200 metros cúbicos, pero al encontrarse con la presencia de fallas geológicas, es necesario hacer una cantidad

mayor. Este no fue el caso presente: en parte alguna del contrato adicional que se analiza se precisa el hecho sobreviniente que lo justifique; contrariamente, con toda naturalidad se habla de la necesidad de "obras adicionales"sin explicar la razón de ser de ellas, explicación que no puede encontrarse en argumento distinto a que las obras relacionadas en el contrato adicional eran necesarias para la terminación total de la obra como reza el contrato, sin embargo, no fueron contempladas a fin de obviar el mecanismo legal de la licitación privada.

Por esos motivos, los argumentos expuestos en sentido contrario por el defensor no pueden encontrar eco en esta oportunidad procesal, pues parte de la concepción errada de que el valor del contrato estaba determinado por la propuesta y no por la realidad de la obra a ser ejecutada.

De admitirse una posición así, llevaría al criterio errado de concluir que son los contratistas quienes establecen las necesidades de inversión de la administración y que no le corresponde a ésta, con fundamento en los diseños previamente elaborados, delimitar el alcance y contenido de las propuestas contractuales que deben ser presentadas por los aspirantes a convertirse adjudicatarios de los contratos oficiales. Mayor fundamento tiene lo dicho, si se da en considerar que dentro de la intención de la administración está la de recibir ofertas tendientes a la realización de "todas las obras necesarias para la culminación de la obra"cuya ejecución se proyecta como se plasmó expresamente en los contratos que son materia de pronunciamiento.

Tampoco tiene cabida la afirmación defensiva en el sentido de que avanzada la obra se estableció la necesidad de pactar la realización de otras adicionales, por cuanto, como se ha venido repitiendo a lo largo de este pronunciamiento, tales obras no obedecieron a la presencia de "imprevistos" cosustanciales a los contratos de adición, sino al mecanismo elusivo utilizado para no contratar por medio de la licitación que garantizaría mayor imparcialidad, claridad, transparencia y equilibrio en las propuestas contractuales, a más de ser el medio democrático por excelencia en aras de mantener incólume la igualdad de oportunidades de los particulares para acceder a los beneficios que implica la contratación con el Estado.

Mucho más claro resulta este perverso propósito, cuando se establece que por parte alguna del expediente obra la convocatoria que se dice fue hecha para que tres aspirantes presentaran sus propuestas, y que de ellas se escogió la mejor, lo cual, de una parte, conduce a restarle credibilidad al dicho del procesado, y, de otra, comprueba una vez más la torcida intención de apartarse de las pautas establecidas legalmente para la contratación administrativa.

Resulta contradictorio, igualmente, el planteamiento de la defensa, cuando alude que las obras adicionales necesariamente recaen sobre objeto diferente del contrato principal "así sea dentro de un mismo contexto

de obra o de servicio", pues si esta afirmación fuera cierta, a partir de confundir el objeto contractual con las partes que lo integran, llevaría necesariamente a concluir que mediante este mecanismo se modifica el objeto del contrato principal, lo cual no es permitido por el Decreto 222 de 1983 ni el Código Fiscal del Municipio de Arauca, pues en esos eventos indispensable resulta la celebración de un nuevo contrato.

De ahí que la atipicidad en la conducta del doctor Acosta Bernal, que pregona su defensor, fundada en la inaplicabilidad del régimen establecido en el Decreto 222 de 1983 a los contratos por los que se le investiga, no tenga asidero jurídico. Tanto es así que en ellos se estipuló expresamente que el marco normativo que los regía era el citado Estatuto de Contratación y el Código Fiscal del Municipio.

Por ello las referencias normativas contenidas en el tipo de celebración indebida de contratos no deben ser establecidas solamente a partir de las normas específicas que gobiernan el Proceso de contratación en determinada entidad, sino del resultado de integrar las generales de orden nacional que regulan la materia, más aun cuando en el texto escrito del convenio se señala expresamente que el marco jurídico que lo rige está integrado por varios cuerpos normativos.

En este caso, concluye la Corte, el doctor Julio Enrique Acosta Bernal realizó el injusto típico previsto en el artículo 146 modificado por el Decreto 141 de 1980, pues celebró el contrato 375 que viene de analizarse, sin observar el requisito de la licitación privada que le era exigible aplicar.

No obstante haberse acreditado la realización típica de esta conducta, la circunstancia de haber transcurrido ininterrumpidamente más de seis años y ocho meses desde su ejecución, indica que la acción penal estatal para perseguirla y sancionarla se halla prescrita, razón por la cual se impone su declaración en esta providencia.

Finalmente, en lo que respecta a la constancia expedida el 18 de julio de 1990 por el Ingeniero Víctor Carvajal Reyes, Secretario de Obras Públicas Municipales de Arauca (fl. 11 Carpeta No. 2), en la cual hace constar que el contrato adicional número 02 tuvo un valor de $14.661.855.20, sin que ello tenga soporte en el contrato al cual se refiere, es del caso disponer que sean compulsadas las copias respectivas para ante la Fiscalía General de la Nación a efecto de que se señale el funcionario encargado de adelantar la investigación penal a que haya lugar por este hecho.

2.3. Contrato 379 suscrito el 31 de marzo de 1989 por $ 37.220.588.12.

Celebrado entre el Municipio de Arauca, representado por Julio Enrique Acosta Bernal, con el Ingeniero Policarpo Pinzón Flórez cuyo objeto fue ejecutar por el sistema de precios unitarios todas las obras necesarias para la construcción de la cimentación de las torres del Concejo Municipal, Empresas Públicas y Biblioteca del Centro Administrativo Municipal (Carpeta No. 3).

La forma de contratación fue la directa, (art. 139.1 del Código Fiscal del Municipio de Arauca), bajo el régimen legal del Código Fiscal y el Decreto Ley 222-83. En el contrato se estipuló un plazo de 45 días para la entrega de las obras. El 50% del valor del contrato se imputó a la vigencia 88-89 (Capítulo XII- art. 10) y el 50% restante con cargo el presupuesto 89-90, con la aclaración que su pago se haría por entregas parciales.

Las obras fueron iniciadas el 15 de mayo de 1989 bajo la interventoría del Ingeniero Alvaro Pardo de la firma Hidrotec Limitada (fl. 19) suspendidas temporalmente el 26 de junio de 1989 y reiniciadas el 14 de diciembre (fl. 20) debido a la intensidad de las lluvias, pues dicha circunstancia impedía realizar los rellenos al nivel de las vigas de amarre, y las placas de contrapiso no podían empezar a fundirse hasta que no se diera inicio a la fundición de las columnas según se adujo (fl. 22).

Aunque en su ejecución no se evidencian diferencias en relación con la cantidad de obra contratada o los valores pactados, al igual que en los contratos anteriores, en éste no se expidió certificado de disponibilidad presupuestal por la suma disponible en el rubro correspondiente sino por el valor del contrato a celebrar, lo cual, si bien hace patente la particular manera de actuar el procesado en comprometer los recursos oficiales por él administrados por fuera de las regulaciones presupuestales, esta sola circunstancia para el caso constituye apenas una irregularidad que no alcanza a configurar la realización del delito de celebración indebida de contratos, pues de todas maneras tal certificado y el registro presupuestal que soportó la suscripción, sin los cuales el contrato no podía ser celebrado por ser de su esencia de conformidad con el artículo 122 del Acuerdo 033 de 1988, fueron expedidos con base en el recurso presupuestal existente, siendo la solución al momento de calificar el sumario, proclujr la instrucción por este concepto.

Debe aclararse que el certificado de disponibilidad presupuestal número 320 expedido el 4 de enero de 1990 por el Jefe de Presupuesto y el Secretario de Hacienda por valor de $ 18.610.294,06 (fl. 17 carpeta 3) no corresponde a los valores contractualmente pactados, sobre cuya existencia no supo dar explicación el procesado, pero el defensor posteriormente allegó una constancia mediante la cual el Jefe de Presupuesto del Municipio de Arauca certifica que no fue utilizado en dicho contrato, "quedando sin validez para realizar pagos sobre los mismos" (fl. 241 Cno. Corte), es lo cierto que dicho documento se constituye en muestra elocuente de la incertidumbre presupuestal que acarreó la expedición de certificados de disponibilidad por el valor del contrato a celebrar y no por la suma disponible presupuestalmente como lo exige la ley.

Pese a lo certificado por el Jefe de Presupuesto, como es entendido que con fundamento en los certificados de disponibilidad expedidos se autorizaba a la Tesorería para girar los recursos contemplados en ellos, se debe-

rán compulsar copias para que se investigue si dicho documento sirvió de sustento de algún pago con cargo al presupuesto municipal de Arauca, pues es precisamente esa manera particular de manejar el erario la que determinó que el doctor Acosta Bernal comprometiera recursos sin existir la partida correspondiente en el Presupuesto, tal y como se demostró en el caso del contrato 350 para cuya suscripción se allegó el certificado de disponibilidad presupuestal número 336 y el registro presupuestal número 308 sin existir en el presupuesto, para la fecha en que fueron expedidos, partida a la cual pudiera imputarse el gasto.

2.4. Contrato 381, suscrito el 31 de marzo de 1989 por $ 71.140.568.oo, entre el Municipio de Arauca y la firma Hunos Construir Ltda., para la construcción de la piscina con olas del parque recreacional.

La forma de contratación fue directa, es decir, sin acudir al mecanismo de la licitación, y por el sistema de precios unitarios según la propuesta técnica y económica presentada por el contratista.

El plazo para su ejecución fue de 120 días, señalándose igualmente que el 50 %, a título de anticipo, sería cancelado con cargo al presupuesto de la vigencia Fiscal 88-89, en el rubro correspondiente al Capítulo XII. artículo 48 y que el 50% restante, con cargo a la vigencia fiscal 89-90, sin establecer rubro específico al cual hacerle la imputación (fls. 1 y ss. carpeta 4).

Las obras fueron iniciadas el 15 de mayo de 1989 (fl. 73) bajo la interventoría del arquitecto Pedro Pablo Rodríguez Castro (fl. 73). El 13 de septiembre se celebró el contrato adicional 01 en el cual se amplió el plazo en 227 días (fl. 78). La ejecución de las obras se suspendió el 22 de diciembre de ese año (fl. 74) aduciéndose la necesidad de reinstalar los accesorios de pared y el suministro de tubería de pvc. se reinició el cumplimiento del contrato el 9 de enero de 1990 (fl. 76) siendo nuevamente suspendido el 23 de julio debido al fuerte invierno en la zona (fl. 77), para disponerse finalmente su liquidación por haberse cumplido su objeto (fl. 64).

En primer término se aprecia que mediante Acuerdo número 004 de 29 de febrero de 1988, el Concejo Municipal de Arauca. fijó el Presupuesto de Rentas e Ingresos y Gastos para la Vigencia Fiscal del 1o. de abril de 1988 al 31 de marzo de 1989. En dicho documento, dentro del Capítulo XII, relativo a la Secretaría de Obras Públicas, no se incluyó el artículo 48 referido en el contrato (fls. 121 y ss. Cno. Corte), como tampoco a él se refirió el Acuerdo 023 del 7 de octubre de ese año, mediante el cual se hicieron algunos contracréditos (fls. 155 y ss.).

Por Acuerdo 027 de 13 de octubre de 1988. el Concejo Municipal autorizó al Alcalde "hasta el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, para que previo el lleno de los requisitos legales ordene la apertura de créditos adicionales y efectúe los traslados presupuestales convenientes para salvaguardar el equilibrio presupuestal"(fl. 160 cno. Corte).

Según lo consignado en el libro de ejecución presupuestal, pues no se logró obtener dicho acto administrativo pese a haberse solicitado, mediante Decreto 122 de 22 de diciembre de 1988, en el presupuesto de la vigencia Fiscal 88-89 se incorporó el rubro 48 relativo al "Diseño, Construcción, Terminación, Parque Acuático de Arauca", dentro del Capítulo XII "Gastos de Inversión Secretaría de O.O.P.P"., con una apropiación inicial de $ 105.000.000.oo., los cuales fueron comprometidos mediante Acuerdo de Gastos número 19 de la misma fecha, con un saldo disponible de cero pesos (fl. 184 cno. 1 Fiscalía).

No obstante lo reflejado en el libro que viene de mencionarse, el Jefe de Presupuesto con fecha 31 de marzo de 1989, expidió el certificado de Disponibilidad Presupuestal número 373 en el cual hizo constar una disponibilidad de $ 35.570.284.oo a favor de la firma Humos Construir para la "Construcción de la Piscina con Olas del Parque recreacional de Arauca"(fl. 82 carpeta 4) y certificó su registro por ese valor (fl. 83), en esa misma fecha, mediante anotación a lápiz, en el libro de ejecución presupuestal constituyó la reserva presupuestal por el valor pendiente de pago

Quiere decir lo anterior, que si los $105.000.000, asignados al rubro presupuestal correspondiente fueron comprometidos mediante acuerdo de gastos del 22 de diciembre de 1989, para la fecha de suscripción del referido contrato no existía la partida a la cual imputarle el costo del mismo, de donde se concluye que fue firmado sin contar con el recurso que la ley exige esté contemplado previamente en el presupuesto, lo cual constituye el delito de peculado por aplicación oficial diferente.

Igualmente, en cuanto al otro 50% del valor del contrato, imputado al presupuesto de la vigencia fiscal 89-90, sin comprometer algún rubro específico, (fl. 2 carpeta 4), es pertinente destacar que a folio 80 de la misma carpeta, obra fotocopia de la cláusula adicional denominada "Otro Sí", en la cual se establece que dicho porcentaje se imputaría al Programa IV, Subprograma 35, pese a no aparecer fecha cierta en que tal contrato adicional fue celebrado.

No obstante esa aclaración, fueron expedidos certificados de disponibilidad presupuestal en los que el pago correspondiente al saldo se imputó indistintamente a los subprogramas 35 y 36 (fls. 84 y 86 carpeta 4).

La explicación que al respecto otorga el procesado en la ampliación de indagatoria, consiste básicamente en señalar que tanto el rubro 35 como el 36 podían resultar comprometidos con dicho contrato, la cual no se compadece con las normas que regulan la contratación administrativa ni mucho menos las relativas al manejo presupuestal, pues de ser ello cierto, sobrarían tales disposiciones y bastaría con celebrar el contrato sin que resultara afectado ningún rubro específico. Igualmente, de aceptarse una tal postura no tendría sentido la exigencia de la disponibilidad presupuestal, el posterior registro presupuestal y los artículos 136 y 146 y del Código

Penal vigente para la época, que definen y sancionan los delitos de peculado por aplicación oficial diferente por comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o celebrar contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales, respectivamente.

El doctor Acosta Bernal, para celebrar el contrato referido, también omitió considerar que según la información suministrada por el Jefe de la División Técnica de la Secretaría de Obras, la empresa Hunos Construir Ltda. según el registro de proponentes, podía contratar con el municipio hasta por la suma de $50.000.000.oo (fl. 81 Carpeta 4), lo que la incapacitaba para celebrar el contrato en la cuantía por el cual fue suscrito.

La acción penal por los delitos de peculado por aplicación oficial diferente por comprometer sumas superiores a las contempladas en el presupuesto (art. 136 C.P.) y celebración indebida de contratos (art. 146 *ejusdem*) se halla prescrita por haber transcurrido más de seis (6) años y ocho (8) meses desde su realización (marzo 31 de 1989), conforme lo disponen los artículos 80 y 82 del estatuto punitivo, imponiéndose su declaración en esta providencia.

No sucede lo mismo en relación con el punible de falsedad ideológica en documento público (art. 219) del cual ha de responder a título de determinador el sindicado doctor Acosta Bernal, cuya realización se le imputa por haber requerido del jefe de presupuesto la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal número 373 (fl. 82 carpeta 4) a sabiendas de no reflejar un contenido cierto por ser conocedor de la inexistencia del recurso, y en el cual se hizo constar la disponibilidad del recurso, contrariando lo consignado en el libro de ejecución presupuestal de esa vigencia (fl. 184 cno. 1 Fiscalía).

Y aunque no se cuestiona la autenticidad material del documento, sino su contenido, la forma de participación del doctor Acosta Bernal por la que se concreta el cargo por falsedad ideológica, deviene de haberse acreditado en el Proceso que si bien dentro de sus funciones como Alcalde no se encuentra la de expedir el referido documento, sí la de suscribir el contrato que no podía ser firmado sin haberse acreditado la disponibilidad del recurso, de cuya inexistencia tenía conocimiento el propio Alcalde por haber sido expresamente autorizado por el Consejo para efectuar las operaciones presupuestales tendientes a mantener su equilibrio, dado que el rubro al que iría a imputarse el gasto no contemplaba una partida para soportarlo.

De ahí que, al tener conocimiento de no contar con los recursos suficientes que le permitieran comprometer el presupuesto municipal, su afán por tener obras que presentar y sin causa legal que justifique la conducta lo llevó a requerir consciente y voluntariamente del subalterno la expedición del citado certificado no obstante saber que el documento no contenía la verdad, y que la expedición en tales condiciones comportaría un atentado a la credibilidad de que gozan los instrumentos oficiales. Si el jefe de presupuesto no

tenía facultad para celebrar contrato alguno, ¿cómo suponer fundadamente que actuó por fuera de las instrucciones recibidas del Alcalde?

2.3. Contrato 382 suscrito el 31 de marzo de 1989 por $2.400.000.oo. (Carpeta 5).

Contrato de prestación de servicios entre el Municipio de Arauca y José Francisco Rodríguez Ataya para la Compactación del Lote destinado a la Construcción de Vivienda para el Fondo de Vivienda Popular del Municipio.

Pese a la precaria información obtenida, el contrato contempla que "El pago de los valores a que se compromete el Municipio se subordina a las apropiaciones presupuestales que para ese efecto se hagan con cargo al presupuesto del Municipio para la vigencia fiscal 88-89, CAP XII, art. 46"(fl. 2 carpeta 5).

Si se da en considerar que dicho rubro no fue contemplado en el presupuesto de la vigencia mencionada, como tampoco aparece prueba documental que indique su incorporación o adición posterior, ha de concluirse que dicho contrato fue suscrito sin contar con el correspondiente soporte, pese a que el jefe de Presupuesto expidió el certificado de disponibilidad por el mismo valor del contrato (fl. 3), de suyo implica la realización de los tipos que definen y sancionan los delitos de peculado por aplicación oficial diferente (art. 136 C.P.) en la actualidad prescrito siendo imperativo aquí declararlo, y falsedad ideológica en documento público (art. 219 C.P.) cuya acción penal se encuentra vigente, debiendo responder a título de determinador el procesado Acosta Bernal por este hecho, por haber sido expedido el documento en las mismas circunstancias ampliamente reseñadas a lo largo de esta providencia, esto es, que la iniciativa de transgredir la fe pública documental no pudo partir de persona distinta al funcionario directamente interesado y facultado para celebrar el contrato por un monto que sabía no se hallaba disponible para comprometer.

Recuérdese, además, que el contrato fue suscrito el último día de la correspondiente vigencia fiscal, y que el día anterior, el Alcalde Municipal expidió el Decreto 156 mediante el cual dispuso algunos traslados presupuestales, acreditando el capítulo correspondiente a la Secretaría de Obras Públicas, sin que resultara afectado el artículo 46 de que habla el Contrato, no obstante la cláusula que en renglones previos fue transcrita.

Sobre este contrato el procesado adujo que no se requería que el contratista se hallara inscrito en el registro de proponentes porque se trataba simplemente de la prestación del servicio de un vibro-compactador a ser utilizado sobre el lote de terreno en el cual se hallan ubicadas las casas para los jueces, en explicación que sin lograr desdibujar el contenido fáctico de la imputación que se le formula, contribuye a exteriorizar el desgreño con que administró los bienes a su cargo.

2.6. Conirato 388 de marzo 31 de 1989 por $ 25.136.820.oo (Carpeta 6).

Celebrado con la firma Calderón, Pradilla y Cía. Limitada, para la interventoría técnico administrativa de la construcción del velódromo en el Municipio de Arauca a un plazo de cuatro meses. El 50 % se imputó a la vigencia 88-89 Capítulo XII, artículo 50 y el 50% restante, a la vigencia 89-90 sin especificar rubro (fl. 69 carpeta 6).

Al efecto en la misma fecha fue expedido el certificado de disponibilidad presupuestal número 379 por valor de $ 12.568.410.oo (fl. 93), se efectuó el correspondiente registro (fl. 92) y se constituyó la reserva para la siguiente vigencia (fl. 183 cno. I Fiscalía), aunque mediante anotación a lápiz en el libro de ejecución presupuestal.

Según el texto del citado documento, el valor del contrato "contempla los sueldos que se le cancelarán al personal vinculado en el proyecto, los viáticos y prima de localización, como también los costos directos que el contratista deba asumir durante la ejecución del contrato, al cual se le aplicó un factor multiplicador así:

1. Un factor multiplicador de 2.70 respecto de los sueldos efectivamente pagados al personal de nómina empleado en los trabajos.

2. Un factor multiplicador de 1.8 aplicable a los costos ocasionados por viáticos y prima de localización, y

3. Un factor multiplicador de 1.1 en relación con los costos directos que demande el interventor en cumplimiento del objeto del presente contrato".

Se estableció además que "salvo lo dispuesto en el Título IV del Decreto-ley 222/83, cuando haya necesidad de cambiar o modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios, se suscribirá un contrato adicional teniendo en cuenta lo establecido en el art. 58 del Decreto-ley 222/83 y demás normas concordantes".

La ejecución se inició el 17 de abril siguiente (fl. 68) y el 2 de agosto, el contratista solicitó la prórroga en el plazo pactado, por cuanto las obras sobre las que debía ejercer interventoría "aún se están desarrollando" (fl. 60). Solicitó igualmente que a partir de dicha prórroga los costos fueran determinados mediante el sistema de "gastos mensuales reembolsables afectados por un multiplicador que será el mismo considerado en el contrato actual", para lo cual adjuntó el análisis de esos valores.

No obstante haber sido aprobada dicha solicitud por la Secretaría de Obras y el Alcalde Municipal el 15 de agosto de 1989 (fl. 59), solamente hasta el 9 de noviembre, esto es cuando el término de duración del contrato principal ya se había vencido desde el 17 de agosto, dicho acuerdo se concretó en el Contrato Adicional 001 mediante el cual se dispuso la ampliación del plazo en 5 meses "contados a partir del vencimiento del contrato principal" y del valor en $ 24.364.325, imputable a la vigencia 89-90, programa IV subprograma 53 (fl. 50 Carpeta 6).

Indica lo anterior que pese a haberse dispuesto que el contrato se sujetaba a las previsiones del Decreto 222 de 1983, para la celebración del contrato adicional se transgredió lo dispuesto en el artículo 58 del mencionado Estatuto de Contratación, según el cual "en ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas".

De esta manera, al haberse vencido el término del contrato principal, nacieron viciados los contratos adicionales que se suscribieron con posterioridad. Además del 01 ya reseñado, también resultaron afectados los siguientes:

El Contrato Adicional 002. Suscrito el 17 de enero de 1990. Mediante el cual se amplía el plazo en 120 días desde el 17 de enero de 1990 hasta mayo de 1990, manteniéndose vigentes las demás cláusulas del contrato principal (fl. 35).

Contrato Adicional 003. Suscrito el 14 de mayo de 1990, por el cual se amplía en 2 meses el plazo, a partir del vencimiento del contrato adicional 002, y el valor en $ 23.275.400. Se imputa a la vigencia 90-91 Programa IV, Subprograma 61 (fl. 24).

Contrato Adicional 004. Suscrito el 12 de octubre de 1990. Amplía el valor del contrato en la suma de $ 11.991.888.10, el cual se imputa a la vigencia 90-91 Programa IV, Subprograma 61 (fl. 10).

El hecho de haber celebrado el doctor Acosta Bernal los contratos adicionales 01, 02, y 03 cuando el contrato principal se había vencido, constituye, sin lugar a dudas, la realización del tipo que define y sanciona el artículo 146 del C. P. (modificado por el Decreto 141 de 1980, art. 1), cuya prescripción de la acción penal se impone declarar mediante esta providencia, por haber operado dicho fenómeno jurídico.

2.7. Contrato 007 de mayo 17 de 1989 por $ 28.000.000.oo. (Carpeta 7).

Este se celebró con la firma Edospina S.A. para la construcción de los toboganes a ser instalados en el parque recreacional del Municipio de Arauca. El 25 % de dicho valor se tomó como anticipo imputable al Programa IV, Proyecto 7. El 75 % restante al Programa IV, Secretaría de Obras Públicas, Subprograma 36. Las obras fueron iniciadas el 26 de junio de 1989 (fls. 25).

Aunque el "Programa IV, Proyecto 7" al cual supuestamente se imputó el gasto no existe como rubro específico en el Presupuesto de Ingresos y Gastos del Municipio de Arauca para la vigencia Fiscal 89-90, mediante Decreto 010 del 10 de mayo de 1989 (fls. 201 y ss. cno. Corte) la administración municipal, dentro del Programa IV, Secretaría de Obras Públicas, creó, entre otros, el proyecto 7 relativo al Diseño, construcción y terminación del parque acuático de arauca, asignándole la suma de $ 19.019.716,

con lo cual cubría ampliamente la imputación efectuada en el contrato, de donde se concluye que ninguna irregularidad se evidencia por ese hecho por el que fue indagado el sindicado, pues tampoco se observa que en la ejecución de dicho contrato se hubiese incurrido en sobrevaloración de sus costos, pese a la irregular expedición fraccionada de los certificados de disponibilidad presupuestal, debiéndose, en consecuencia, precluir la investigación por este hecho.

2.8. Contrato 008 de mayo 17 de 1989 por $ 30.700.000.oo.

(Carpeta 8).

Celebrado también con la firma Edospina y Cía. S.A., para la construcción de equipos electromecánicos para la piscina del parque recreacional de Arauca (piscina con olas). Se estableció que con cargo al Presupuesto 89-90, Programa IV, Proyecto 7 debía ser cancelada la suma de $ 7.000.000.oo. Con cargo al Programa V, Proyecto 4, la suma de $675.000.oo. El saldo correspondiente al 75% de dicho valor, al programa IV, Subprograma 36. Se señaló un plazo de ejecución de 6 meses iniciándose las obras el 26 de junio de 1989 (fl. 26).

Aunque en el presupuesto inicialmente expedido para la vigencia fiscal 89-90, no fueron contemplados los rubros relativos al Programa IV Proyecto 7 y Programa V Proyecto 4, es lo cierto que mediante Decreto 010 de 1989, (fls. 203 cno Corte) y Acuerdo de Gastos número 04 del mismo año (fls. 200) tales rubros fueron considerados.

De otra parte, frente al interrogante surgido en relación con el número de certificados de disponibilidad presupuestal expedidos para este contrato que sumados superaban el valor pactado, dicha situación fue clarificada por el Jefe de Presupuesto quien certificó que la disponibilidad 306 de 26 de diciembre de 1989 por valor de $15.350.000.00 (fl. 22 carpeta) no fue utilizada.

Pese a la claridad brindada sobre el asunto, es lo cierto que dicha situación obedeció precisamente a la circunstancia de expedir, para todos los contratos, certificados de disponibilidad presupuestal por el valor de las obligaciones a contraer y no por las cifras que el movimiento presupuestal reflejaba como susceptibles de ser comprometidas.

No observándose, entonces irregularidad alguna de trascendencia penal, se precluirá la investigación en razón de dicho contrato.

2.9. Contrato 014 de mayo 24 de 1989 por $ 35.996.415.oo. (Carpeta 9).

Este contrato fue suscrito con el Ingeniero Carlos Arturo Esquivel para la interventoría técnico administrativa de las obras relacionadas con la construcción de la manga de coleo que se realiza en la villa olímpica del municipio, con una duración de 7 meses. En cuanto a la forma en que debía ser cancelado, se señaló que el 50% del valor se entregaría a título de anticipo y el 50% restante mediante cuentas de cobro mensuales. El

valor del contrato se imputó al presupuesto de la vigencia fiscal 89-90, Programa IV, Subprograma 52. Las obras fueron iniciadas el 25 de mayo de 1989.

Según los términos de la propuesta económica presentada por el contratista (fls. 1 y ss. anexo 2), se tiene que, conforme a los factores multiplicadores estipulados, el valor total de la interventoría fue calculado en $35.996.415.00 para un costo mensual de $5.142.345.00, y precisamente estos fueron los parámetros tenidos en cuenta para la suscripción del referido contrato.

Antes del vencimiento del contrato, y conforme lo acordado en el acta de ampliación de plazo (fl. 28 carpeta), el 24 de noviembre se contempló la posibilidad de suscribir un contrato adicional para ampliar el plazo en tres meses, a partir del 26 de diciembre, por valor de $ 20.342.862.oo. En tal virtud, el 1 de diciembre se suscribió el Contrato Adicional 001, mediante el cual se amplia el plazo en 90 días (fl. 6).

Posteriormente, el 12 de febrero de 1990, se suscribió el Contrato Adicional 002, mediante el cual se amplía el valor del contrato principal en la suma de $20.342.862.oo, pagaderos en cuotas mensuales en la forma en él establecida. Se imputó a la vigencia fiscal 89-90, Programa IV, Subprograma 52.

El fundamento de este valor se halla en la propuesta adicional presentada el 29 de noviembre de 1989 por el contratista (fls. 11 y ss. carpeta 9), en la cual aclara que las tarifas se incrementan en el 25% a las inicialmente presentadas, por virtud del aumento de salarios correspondiente al año siguiente. Es así como se señaló que el valor mensual de la interventoría se aproxima a $6.780.954.oo, que multiplicados por el número de meses correspondiente a la adición del plazo (3 meses), arroja el mismo valor del contrato adicional, de donde se colige que ninguna irregularidad se presentó por este aspecto, siendo imperativo disponer la preclusión de la instrucción.

Lo que sí llama poderosamente la atención de la Sala es que tanto el contrato 350 para la construcción de la manga de coleo (fl. 86 carpeta 1), como el 375 para la construcción de las graderías del mismo proyecto (fl. 113 carpeta 2), hayan sido liquidados y recibidas las obras mediante sendas actas de entrega final suscritas el 23 de febrero de 1990.

No obstante, la interventoría de esos contratos solamente vino a ser liquidada y entregada el 20 de marzo de 1990 (fl. 29), esto es, casi un mes después de haber culminado las obras sobre las que debía ejercerse interventoría, sin que obre constancia escrita sobre dichos motivos, ni aparezca claro si sobre ese período "muerto", se pagaron honorarios y gastos al interventor.

Todo pareciera indicar que sí, dado que en el acta de liquidación se hizo constar un saldo a favor del mismo por valor de $ 6.780.954, correspondientes al último de los meses contratados.

La explicación que al respecto brinda el procesado, tampoco contribuye a clarificar la situación pues se limitó a decir que "pueden ocurrir dos circunstancias, una que la Secretaría de Obras Públicas y la División Técnica hayan solicitado más tiempo a la interventoría o el otro caso es que los contratistas de interventoría que es el que creo más conveniente hayan enviado un mes después el acta de finalización de interventoría para cobrar su respectivo trabajo"[fl. 91 cno. Corte] y, ninguna de estas eventualidades aparece acreditada.

En estas circunstancias, desconociéndose a la fecha si fueron pagadas al contratista aquellas labores que no ejecutó por cuanto la obra sobre la que debía ejercer interventoría había fenecido tiempo atrás, hecho imposible de dilucidar en los actuales momentos, se impone precluir la instrucción por ese concepto.

2.10. Contrato 037 de julio 10 de 1989 por $66.841.930.oo. (Carpeta 10).

Suscrito con la firma Hunos Construir Limitada. Contratación directa (art. 139 del Código Fiscal del Municipio de Arauca). Para ejecutar por el sistema de precios unitarios la construcción de las obras civiles de la piscina semiolímpica y de la piscina llegada de toboganes que forma parte del área acuática del parque recreacional. Se pactó un plazo de ejecución de 5 meses a partir de la iniciación de las obras. En cuanto a la forma de pago se señaló que el 50 % del valor sería cancelado a título de anticipo y el 50% restante mediante entregas periódicas de obra, imputables a la vigencia fiscal 89-90, Programa IV, Secretaría de Obras Públicas, Subprograma 36. Las obras fueron iniciadas el 4 de agosto de 1989.

Sobre este contrato se celebraron los siguientes contratos adicionales:

Contrato Adicional 001. Suscrito el 19 de enero de 1990, mediante el cual se amplió el plazo en 120 días (fl.83).

Contrato Adicional 002. El 24 de abril de 1990. se amplió el plazo en 60 días más.

Contrato Adicional 003. De marzo 15 de 1991. Con el objeto de construir obras adicionales. Forma de pago a la terminación. Imputación a la vigencia 90-91, Programa IV, Subprograma 49. Plazo 15 días.

Mediante escrito signado el 18 de julio de 1990, la firma contratista hizo saber a la Administración Municipal, en esa oportunidad encabezada por el Alcalde Mayor doctor José Gregorio González Cisneros, de la necesidad de aprobación de obras adicionales para el referido contrato, por cuanto, según dijo, "las cantidades de obra para la construcción de la plataforma de lanzamiento, cimentación de toboganes y demás obras no estaban contempladas".

Además, "para la continuación e implementación de las obras civiles de las piscinas semiolímpica y de llegada de Toboganes, se requiere ade-

lantar las obras para la plataforma de lanzamiento y cimentación de toboganes. Por efecto de posibles inundaciones el nivel terminado de las piscinas se aumentaron (sic) y por ello los rellenos y demás obras.

La propuesta para suscribir el contrato adicional contempló actividades adicionales por valor de $22.901.309.oo y materiales como "tubería y accesorios para instalación hidráulica redes interiores de las piscinas, semiolímpica, llegada de toboganes como son: tubería en acero carbono, discos, pasamuros, válvulas, accesorios y material para reflectores por valor de $6.555.375, para un total de $29.456.684.00, por cuyo valor, el 15 de marzo de 1991, se suscribió el contrato adicional número 03 (fls. 21 y ss.).

Lo anterior indica, sin lugar a dudas, que pese a conocerse de antemano que por la magnitud de los proyectos a ejecutar, el valor de los mismos superaría los $75.000.000.oo exigidos como base para la contratación mediante licitación privada, en el contrato principal no fue incluida la totalidad de las obras requeridas, para luego, utilizar el mecanismo de la adición contractual, y así eludir la exigencia legal.

Por ello no resultan de crédito las explicaciones suministradas por el procesado en la diligencia de ampliación de indagatoria, quien escudado en el sistema de contratación por precios unitarios, pretende hacer creer que en la ejecución de la obra se hizo necesario ejecutar mayores cantidades de las inicialmente proyectadas, cuando lo cierto es que pese a haber sido consideradas en el proyecto, deliberadamente no fueron incluidas.

No obstante, lo anterior, como dicha conducta correspondería al contenido típico del artículo 146 del Código Penal, y desde la fecha de su realización han transcurrido más de seis años y ocho meses, ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal de que tratan los artículos 80 y 82 del Código Penal siendo imperativo así declararlo en esta providencia.

3. La Calificación del Sumario.

De conformidad con las previsiones del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, son requisitos sustanciales para proferir resolución acusatoria que aparezca demostrada la ocurrencia del hecho y que existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio de prueba que comprometa la responsabilidad penal del sindicado.

Igualmente, el artículo 36 ejusdem señala como presupuestos para precluir la investigación que en cualquier momento de la instrucción aparezca plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse.

Independientemente de que la acción penal estatal para perseguir y sancionar una conducta delictual se halle prescrita, y se imponga su declaración por haber transcurrido ininterrumpidamente desde su realización el tiempo necesario para la configuración de este fenómeno jurídico, si la prueba recaudada da cuenta de haber sido efectivamente realizado el hecho, éste no desaparece por la ocurrencia del fenómeno extintivo, pues el transcurso del tiempo de suyo no le quita el carácter lesivo de bienes jurídicos tutelados. De donde se desprende que el acaecimiento fáctico demostrado puede ser tomado como evidencia de la pauta de conducta asumida en relación con otros hechos relacionados sobre los cuales la acción penal mantiene vigencia.

Por ese motivo la Sala tendrá en cuenta, para efectos de establecer el contexto en que fueron desarrollados los hechos sobre los cuales mantiene vigencia la postestad punitiva del Estado, la multiplicidad de irregularidades advertidas en los Procesos de contratación llevados a cabo por el doctor Julio Enrique Acosta Bernal cuando estuvo a cargo de la Alcaldía Municipal de Arauca, así en la actualidad sobre muchas de ellas no sea posible continuarse con el ejercicio de la acción penal.

En el caso de autos, debe decirse que el doctor Acosta Bernal, dada su amplia trayectoria al servicio de entidades oficiales (profesor, supervisor de educación, Secretario de Educación, Secretario de Gobierno y, finalmente, Alcalde de Arauca para la época de los hechos materia de investigación) y sus conocimientos formalmente adquiridos que lo llevaron a obtener el título profesional de Administrador especializado en Administración Pública, según lo mencionó en la diligencia de versión (fl. 123 cno. 1 Fiscalía) y en la indagatoria (fl. 972-2 Fiscalía), hacen suponer que durante su desempeño como Alcalde Mayor de Arauca, poseía un cabal conocimiento de las normas que regulan los Procesos de contratación de las entidades oficiales.

En ejercicio del mencionado cargo, además, contó con un Consejo de Gobierno encargado de brindarle asesoría sobre dichos aspectos, integrado por los Secretarios de Despacho, entre ellos el de Obras Públicas, y las Oficinas de Presupuesto, Planeación y Tesorería, las cuales completaban el engranaje funcional de la Alcaldía.

De ahí que no pueda argumentarse en su favor ausencia de conocimiento sobre la normatividad que debía aplicar para la suscripción de los contratos de la administración con personas particulares, ni de las consecuencias penales que le acarrearía realizar atentados contra la administración pública o la fe pública documentaria como bienes jurídicamente tutelados.

No obstante disponer de todo un equipo al servicio de la función popularmente encomendada para regir los destinos del Municipio de Arauca durante el período comprendido entre el primero de julio de 1988 y 30 de junio de 1990, su desmesurado interés por lograr ascensos en la escala

política y social aún a costa de la pulcritud y transparencia en el manejo de los bienes públicos, lo llevaron a diseñar toda una estrategia para comprometer el presupuesto del Municipio por encima de los Procesos legales de contratación y así obtener obras que presentar a sus electores en el corto lapso de dos años, al punto que ahora ostenta la condición de Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Departamento cuya Capital gobernó.

Fue así como, ante las exorbitantes sumas de dinero que llegaban a la administración local para aumentar el presupuesto por concepto de las regalías derivadas del petróleo que se explota en dicho Departamento, y ante el escaso tiempo con que contaba su administración para adelantar el Proceso de contratación establecido en la ley, comprometer los recursos y culminar las obras, optó por omitir el cumplimiento del rito contractual especialmente diseñado para la ejecución de obras de gran envergadura y so pretexto de que la cuantía de determinados contratos autorizaba la contratación directa, adjudicó la realización de las obras no a aquellas empresas o personas que ofrecieran mejores condiciones contractuales en beneficio del presupuesto, sino a las que en su parecer pudieran cumplir con sus cometidos ilícitos.

Igualmente, celebró los contratos números 350, 381 y 382, sin contar con disponibilidad presupuestal real y con los certificados ideológicamente falsos expedidos a inicitativa suya por el Secretario de Hacienda y Jefe de Presupuesto.

A ninguna otra conclusión puede llegarse cuando aparecen plenamente demostradas las múltiples irregularidades en la tramitación de los contratos suscritos por el imputado Acosta Bernal, las cuales vienen de destacarse cuando se analizó cada uno de los que son objeto de la presente investigación.

El delito de falsedad ideológica en documento público, si bien resulta imputable a los funcionarios encargados de expedir los certificados de disponibilidad y registro presupuestales, en este caso el Secretario de Hacienda y el Jefe de la Oficina de Presupuesto, también lo es al doctor Acosta y de él debe responder como determinador (art. 23 C. P.).

Al respecto, ha de decirse que según el artículo 114 del Código Fiscal (carpeta 11) "corresponde al Alcalde Mayor de Arauca, como representante legal del Municipio, celebrar los contratos de conformidad con las atribuciones conferidas por la Constitución, la Ley y los Acuerdos del Concejo Municipal".

Por esta razón, teniendo presente que el directamente interesado en llevar a término los Procesos de contratación era el Alcalde de Arauca doctor Julio Enrique Acosta Bernal, quien no ocultó su intención de culminar las obras mediante el sistema de fraccionamiento el cual daba la posibili-

dad de adicionar dichos contratos, según se desprende de lo sostenido por el Secretario de Obras (fl. 367-1) se puede afirmar válidamente que dichos documentos ideológicamente falsos fueron expedidos a instancia suya.

Recuérdese, así mismo, cómo la mayoría de los certificados de disponibilidad se otorgaron no por la cuantía con que presupuestalmente contara el Municipio para comprometerse, sino por el valor de los contratos. Además, muchos de éstos fueron suscritos cuando la vigencia fiscal estaba próxima a terminar y en esas conocidas circunstancias al procesado le resultaba urgente adicionar el Presupuesto si era su intención contratar las obras.

De otra parte, que en el Proceso no obran las propuestas contractuales que dice haber requerido de tres contratistas distintos para celebrar cada contrato y que las que sirvieron de soporte a los contratos cuestionados, en especial las de la manga de coleo y la gradería, hicieron referencia a menores obras de las requeridas para justificar su posterior adición.

Igualmente, descartando las explicaciones suministradas por el procesado según las cuales los contratos se celebraron dentro del marco estricto de la legalidad, del Proceso surge claro que en la mayoría no se contó con el registro de proponentes y quienes estaban inscritos carecían de la capacidad de contratación con el municipio por tal elevadas sumas, de ahí que se diga que el doctor Acosta conocía de antemano que los recursos presupuestales con los cuales suscribió los contratos 350, 381 y 382 eran insuficientes, sin embargo hizo que los certificados de disponibilidad fueran expedidos en la fecha en que los requería antes de culminar el período fiscal así luego tuviera que adicionar el presupuesto.

Es por ello que habiéndose acreditado que los certificados de disponibilidad 336 (fl. 54 carpeta 1), 373 (fl. 82 carpeta 4) y 382 (fl. 3 carpeta 5) fueron expedidos sin contar con los recursos indispensables en el rubro correspondiente del presupuesto, lo cual constituye un atentado a la fe pública documentaria dada su vocación probatoria para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales de contratación, y que a pesar de ello fueron requeridos en esas condiciones por el Alcalde quien los utilizó para suscribir los contratos 350, 381 y 382, se proferirá resolución de acusación por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de falsedad ideológica en documento público que define y sanciona el artículo 219 del Código Penal cuyo tenor es el siguiente:

"Art. 219. Falsedad ideológica en documento público. El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años".

No hay duda que tanto el Jefe de Presupuesto como el Secretario de Hacienda expidieron los certificados de disponibilidad a sabiendas que en ellos se hacía constar una falsedad –la existencia de recursos disponibles

en el presupuesto–, y que tales documentos tenían innegable vocación probatoria al punto que sin ellos no quedarían perfeccionados los contratos celebrados entre el Municipio de Arauca y los particulares Miguel Angel Bravo Ovalle (Contrato 350 de marzo 29 de 1989), Hunos Construir Limitda (Contrato 381 de 31 de marzo de 1989) y José Francisco Rodríguez Ataya (Contrato 382 de 31 de marzo de 1989), pero también es cierto que quien demandó dichos documentos de acuerdo con sus intereses fue el Alcalde Acosta Bernal quien debía firmar los contratos antes de que la vigencia fiscal feneciera.

Si tanto el Secretario de Hacienda, como el Jefe de Presupuesto, no estaban facultados por las normas de contratación para suscribir los contratos de la administración municipal, y de la ausencia de recursos disponibles estaba enterado el Alcalde, único autorizado para comprometer los recursos del municipio, se pregunta la Corte ¿qué interés tendrían los funcionarios subalternos mencionados de hacer constar falsamente un hecho ante el riesgo de ser descubiertos por el ahora procesado? La respuesta lógica no puede ser otra que lo hicieron cumpliendo las instrucciones del jefe de la administración municipal.

De ahí que se afirme que la conducta típica y antijurídica realizada por aquellos funcionarios que expidieron los tantas veces certificados de disponibilidad, fue precisamente a consecuencia de la actividad del doctor Acosta Bernal quien sabía de antemano no contar el presupuesto con los recursos para suscribir los contratos, no obstante lo cual demandó las certificaciones en sentido contrario.

La finalidad perseguida por el doctor Acosta, de tener obras que presentar a la comunidad al término de su mandato para lograr seguir ascendiendo en la escala social y política, llegó al extremo de tener que exigir de los funcionarios encargados de su expedición, unos documentos públicos ideológicamente falsos para soportar en ellos los Procesos contractuales por fuera de las regulaciones normativas, no obstante conocer de antemano la ausencia de disponibilidad presupuestal en la cual habrían de estar soportados los contratos.

Dado que ningún interés tendría el Secretario de Hacienda o el Jefe de Presupuesto de hacer constar falsamente la existencia de una partida presupuestal a menos que lo hicieran en cumplimiento de instrucciones impartidas por el Alcalde Mayor –primera autoridad municipal–, se descarta, no obstante, que el doctor Acosta deba responder por el delito definido por el inciso primero del artículo 222 del Código Penal, puesto que para que resulte configurada tal hipótesis delictiva se requiere que quien usa el documento no haya concurrido a su falsificación, que no es el caso presente, en donde la participación en el acto falsario se imputa a título de determinador, operando, entonces, la agravante punitiva allí prevista en el inciso 2do. toda vez que los documentos ideológicamente falsificados a instancia del procesado, también fueron usados por el Alcalde Acosta Bernal para suscribir los contratos tantas veces mencionados.

La referida causal de agravación (art. 222 inc. 2do del C.P.) es del siguiente tenor:

"Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad".

La mencionada agravante punitiva resulta imputable al procesado por haber sido la persona que, habiendo concurrido a la realización típica del hecho falsario a título de determinador, posteriormente usó los documentos espurios para comprometer, con base en ellos, los recursos oficiales del Municipio que regentó. No otra manera puede ser entendido que sea de exclusiva facultad del Alcalde suscribir los contratos, y que los documentos ideológicamente falsos tuvieran la potencialidad probatoria concreta de acreditar uno de los requisitos indispensables para darle apariencia de legalidad al Proceso de contratación que llevó a cabo (disponibilidad de recursos presupuestales), conforme lo exige el Código Fiscal de la ciudad de Arauca.

El procesado doctor Acosta Bernal, al ser interrogado sobre los contratos mencionados adujo no ser cierto que hubiese existido fraccionamiento de los certificados de disponibilidad presupuestal y para encubrir su conducta mencionó que tales documentos fueron expedidos de acuerdo con las sumas disponibles en tesorería lo cual, como ya se reseñó no corresponde ni a la naturaleza y finalidades probatorias de dichos documentos, ni mucho menos a la prohibición de comprometer sumas no contempladas en el presupuesto o en exceso de las disponibles.

Y cuando específicamente fue cuestionado en relación con el certificado de disponibilidad presupuestal 336 expedido el 27 de marzo de 1989 y el posterior cubrimiento de dicha suma con el traslado decretado el día 30, no encontró otra explicación que aducir tener confusión sobre el particular.

Aún cuando se desconoce procesalmente las explicaciones que sobre tal comportamiento pudieran brindar tanto el Jefe de Presupuesto como el Secretario de Hacienda, es lo cierto que la abundante prueba documental arrimada, las exposiciones del Secretario de Obras, en relación con el control presupuestal ejercido por el Alcalde, y la misma indagatoria del procesado quien consigna explicaciones que han sido ampliamente desvirtuadas, permiten concluir que indudablemente el doctor Acosta Bernal provocó en los funcionarios subalternos (Jefe de Presupuesto y Secretario de Hacienda) la resolución de expedir contrariando la realidad presupuestal los certificados prolijamente reseñados por la Corte. A ninguna otra conclusión puede llegarse después de analizar las particulares circunstancias que rodearon el tantas veces mencionado Proceso de contratación.

En su favor no concurre ninguna causal de justificación o o de inculpabilidad, por el contrario, con pleno conocimiento y voluntad, dados sus particulares intereses políticos, realizó varias veces el mismo tipo penal, debiendo responder por el concurso homogéneo y sucesivo de falsedad

des (art. 26 C.P.) que lesionaron la confianza y credibilidad públicas de que gozan los documentos oficiales.

También en su contra se establece acreditada la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el ordinal 11 del artículo 66 del Código Penal, pues resulta particularmente escandaloso que gobernantes de las entidades territoriales, lo que de hecho constituye una posición de privilegio frente a los asociados, utilicen sus cargos, y el poder que ellos representan, para propósitos distintos al servicio público.

En este caso, el doctor Acosta Bernal, utilizó la Alcaldía de Arauca de acuerdo a sus conveniencias políticas personales para ascender en las instituciones políticas, aún a costa de transgredir los bienes jurídicos que tutela la ley penal y por encima de los intereses comunitarios cuya guarda juró cumplir.

Como ya se advirtió, la Corte precluirá la investigación que se sigue contra el doctor Julio Enrique Acosta Bernal, en relación con los delitos de peculado por aplicación oficial diferente (contratos 350, 381 y 382) y celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales (350, 375, 381, 388 y 037) por haber transcurrido un término superior a los seis años y ocho meses desde su realización, lo que indica que el Estado perdió toda oficiosidad para perseguir su sanción pero que en manera alguna comporta la desaparición de las referidas conductas delictivas por el solo transcurso del tiempo, como ya se anotó.

Y en cuanto al delito de peculado por apropiación endilgado en la denuncia (contratos 350, 379, 007, 008, y 014), por no existir en el Proceso prueba suficiente que indique su realización.

4. La Situación Jurídica.

Como se satisfacen a cabalidad los presupuestos procesales para proferir resolución acusatoria contra el doctor ulio Enrique Acosta Bernal, por el concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público, no ofrece mayor esfuerzo advertir que se encuentran reunidos los requisitos de que trata el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal para modificar la situación jurídica definida por la Fiscalía Veintiséis Seccional de Arauca (fl. 987-2).

Acorde con la pena establecida para el delito de falsedad ideológica en documento público (art. 219 C.P.), que oscila entre tres y diez años de prisión, se tiene que la medida que en principio corresponde debería ser la de detención preventiva sin derecho a libertad provisional (arts. 397-2 y 415-1 C. P. P.) debido a que la pena superaría los tres años de prisión por virtud de lo establecido en el artículo 26 del C.P.

Sin embargo, en acatamiento a las previsiones del artículo 53 de la Ley 81 de 1993, al sindicado se le impondrá medida de aseguramiento de detención domiciliaria, puesto que sus características laborales y familiares,

permiten establecer que comparecerá al Proceso y no pondrá en peligro a la comunidad. Además, se le impondrá la prohibición de salir del país, para lo cual se librarán los oficios pertinentes.

A juicio de la Corte la privación de la libertad del Representante julio Enrique Acosta Bernal no perturba la buena marcha de la Corporación Legislativa de la cual forma parte, por ello para su cumplimiento no es necesario solicitar la suspensión en el ejercicio del cargo.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la medida, deberá otorgar caución prendaria en cuantía de cinco millones de pesos ($ 5.000.000,oo) dentro del término improrrogable de tres (3) días contados a partir de la notificación que se le haga de esta providencia, debiendo advertírsele que su incumplimiento puede acarrearle la modificación de la medida. Igualmente, suscribirá diligencia de compromiso, en la cual se le impondrán las obligaciones previstas por el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

Como la medida que se impone al procesado Acosta Bernal, le obliga a permanecer en el interior de su morada, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario deberá adoptar las determinaciones del caso tendientes a observar su estricto cumplimiento.

5. La expedición de copias.

5.1. Independientemente de la responsabilidad penal del doctor julio Enrique Acosta Bernal, la Corte dispondrá que por la Secretaría de la Sala se compulsen copias de lo pertinente del presente Proceso y se remitan a la Fiscalía General de la Nación a efecto de la designación del funcionario encargado de investigar el delito de falsedad ideológica en documento público en que pudieron haber incurrido los señores José Rafael Zúñiga Castañeda (Secretario de Hacienda) y Eduardo Rodríguez Parrado (Jefe de Presupuesto Municipal) al expedir los siguientes documentos:

Certificado de disponibilidad presupuestal número 336 (fl. 54 Carpeta 1) y el Registro número 308 (fl. 55) (contrato 350) sin contar con la partida presupuestal respectiva.

- Certificado de disponibilidad presupuestal número 320 (fl. 17 Carpeta 3) sin que su valor correspondiera al valor a pagar por concepto del contrato 379, siendo anulado posteriormente (fl. 241 Cno. Corte).

- Certificado de disponibilidad presupuestal número 373 para el Contrato número 381 (fl. 52 carpeta 4), respecto de recursos que ya habían sido objeto de compromiso mediante Acuerdo de Gastos de 22 de diciembre de 1989.

- Certificado de Disponibilidad Presupuestal número 382 para el contrato del mismo número (fl. 3 carpeta 5), sin contar con el soporte presupuestal correspondiente.

5.2. Igual medida habrá de ser tomada en lo que respecta a la constancia expedida el 18 de julio de 1990 por el Ingeniero Víctor Carvajal Reyes, Secretario de Obras Públicas Municipales de Arauca (fl. 11 Carpeta No. 2), en la cual hace constar que el contrato adicional número 02 tuvo un valor de $14.661.855.20, sin que ello tenga soporte en el contrato 375 al cual se refiere.

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

RESUELVE:

PRIMERO. *Proferir resolución de acusación* en contra del Representante a la Cámara doctor ulio Enrique Acosta Bernal, por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de falsedad, previsto en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo III del Código Penal, conforme a lo expuesto en esta providencia en relación con los contratos 350, 381 y 382.

SEGUNDO. *Decretar* medida de aseguramiento de DETENCION DOMICILIARIA en contra del doctor ulio Enrique Acosta Bernal, por el concurso de delitos de falsedad, según se expuso en el cuerpo de esta providencia.

TERCERO. El procesado deberá consignar a órdenes de esta Corporación, la suma de cinco millones ($ 5.000.000.oo) de pesos como caución. Igualmente, suscribirá diligencia de compromiso.

CUARTO. *Líbrense* las correspondientes comunicaciones.

QUINTO. *Declarar prescrita la acción penal* y, en consecuencia, PRECLUIR la instrucción en favor del doctor ulio Enrique Acosta Bernal en relación con los delitos de celebración indebida de contratos (contratos 350, 375, 381, 388 y 037) y peculado por aplicación oficial diferente (contratos 350, 381 y 382).

SEXTO. *Precluir la instrucción* en favor del doctor ulio Enrique Acosta Bernal por los delitos de peculado por apropiación relacionados con los contratos 350, 379, 007, 008, y 014, por lo consignado en el cuerpo de esta providencia.

SEPTIMO. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias señaladas en la parte motiva, para los fines allí indicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA-Casos en que se concede

La permanencia en reclusión es un hecho material cuyo reconocimiento no se encuentra atado a ninguna condición especial adicional. El otorgamiento de redención de pena por trabajo o estudio, por el contrario, no surge de manera automática de un certificado que haya constar la dedicación del recluso a una cualquiera de dichas actividades. Se requiere que previamente la labor haya sido determinada por el Inpec y, además, la evaluación o control del trabajo por parte de la misma entidad.

Y los anteriores requisitos no pueden ser desconocidos en ningún caso. Por lo tanto, cuando el sitio de reclusión no ha sido un centro carcelario bajo el control directo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el trabajo o estudio apto para redimir pena está sometido a iguales reglas, las cuales deben cumplirse como condición previa para acceder al descuento de pena correspondiente.

El artículo 1° de la resolución 2376 de 1997 expedida por la Dirección del Inpec determinó y definió como actividades válidas para la redención de pena por trabajo, las siguientes:

"a) Industrial: corresponde a las actividades de fabricación o ensamble de bienes intermedios o de consumo final;

"b) Agrícolas y pecuarias: corresponde a las actividades desarrolladas para la explotación económica de los recursos vegetales y/o especies animales;

"c) Artesanales: corresponde a las actividades individuales desarrolladas por internos que poseen actividades en algún arte u oficio;

"d) Mantenimiento: corresponde a las actividades desarrolladas para el embellecimiento y mantenimiento del establecimiento carcelario, exceptuándose las labores de aseo y conservación de las celdas que continúan siendo responsabilidad del interno que las ocupa;

"e) Servicios: corresponde a actividades desarrolladas en beneficio general de la población reclusa del establecimiento, tales como rancho o cocina, atención de expendios, panadería, peluquería, lavandería, monitores, auxiliares y ordenanzas, entre otros. También comprende,

en centros de reclusión especial, todas aquellas actividades que beneficien a otras personas del centro, tales como instrucción, servicio en bibliotecas, mantenimiento, entre otras debidamente programadas por el director del respectivo centro:

"f) Trabajo extramuros en labores públicas, agrícolas o industriales con personas o empresas de reconocida honorabilidad, siempre que se den los presupuestos señalados en los incisos 3 y 4 del artículo 86 de la ley 65 y demás normas que lo reglamenten".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 13310

Aprobado Acta No. 79 (04-06-98)

VISTOS

Resuelve la Sala los recursos de reposición interpuestos por los defensores de los procesados Oscar Benavides Melo y Lelio Antonio Pedraza Roa, contra la providencia de la Sala del 28 de abril de 1998.

ANTECEDENTES

A través de la decisión recurrida la Corte resolvió no concederles la libertad provisional a los mencionados. En el caso de Pedraza Roa, quien aportó una certificación de trabajo suscrita por el Director Seccional del Das de Casanare (según la cual ha laborado en la oficina de criminalística e identificación un total de 5.192 horas), no se accedió a tomarla en consideración, entre varias razones porque el único trabajo válido para la redención de pena es el que se realiza en los sitios de reclusión establecidos y las instalaciones del Das no lo son.

Así las cosas, como ninguno de los procesados alcanzaba las dos terceras partes de la sanción, no se hizo necesario valorar el aspecto subjetivo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal y, como se dijo, se les negó la libertad.

Otra decisión que adoptó la Sala fue pedirle al Inpec el traslado de los procesados a un centro de reclusión especial, al estimar inadecuado que sigan descontando la pena impuesta en las instancias en las dependencias del Das donde se encuentran.

LOS RECURSOS

El defensor de Pedraza Roa le solicitó a la Sala reconsiderar la orden de traslado de los internos. Adujo que en donde están, Yopal, tienen a su

familia, la localidad no cuenta con un centro de reclusión especial a donde puedan ser remitidos y su conducta ha sido excelente.

El apoderado de Benavides Melo, a su turno, aportó una constancia de trabajo expedida por el Director Seccional del Das en Casanare, casi idéntica a la que en su momento presentó Pedraza Roa, en la cual, sin mencionar cuáles fueron las tareas realizadas, se le certificaron las mismas 5.192 horas de trabajo.

Aunque el abogado adujo que por tratarse de un documento que no obraba en la pasada oportunidad solicitaba "una vez más" la libertad provisional de su representado, se estimó que lo que hacía era interponer el recurso de reposición contra la decisión del 28 de abril, introduciendo un nuevo elemento de juicio. Esto especialmente cuando los argumentos que presentó estuvieron orientados a cuestionar los suministrados por la Sala en la citada determinación.

Manifiesta el abogado que el tiempo de reclusión física de su defendido sumado a la reducción de pena por trabajo correspondiente a las 5.192 horas certificadas, supera los dos tercios de la sanción impuesta, por lo que a su parecer tiene derecho a la libertad provisional por conducto de la causal 2ª del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. La constancia de trabajo, agrega, debe ser tomada en consideración, al contrario de como concluyó la Sala en el proveído recurrido frente a la situación del procesado Pedraza Roa. Las siguientes razones, que se transcriben, fundan su desacuerdo con la posición de la Corte:

"El Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 79 y ss., no podría establecer de una parte 'la obligatoriedad del trabajo' y de otra desconocerlo, cuando éste se ha realizado, por el mero hecho de su falta de reglamentación previa. Sería tanto como desconocer, el tiempo de la detención que los aquí sentenciados han cumplido, por la sola circunstancia de haber permanecido en las dependencias del DAS.

"Al efecto me permito recordar a esa Corporación, que mi representado ha permanecido en dichas estancias, por orden del mismo INPEC, no por voluntad propia, máxime teniendo en cuenta, el hacinamiento que ahora padecen los centros carcelarios de reclusión.

"Ni la ley 65 de 1993, ni mucho menos la resolución 0475 de 1996, que no tiene el rango jurídico de la primera, puede desconocer el trabajo cumplido por quien está privado de la libertad. Porque no obstante insisto, las condiciones de esa privación, en nada, absolutamente en nada se oponen a que la persona del procesado cumpla con unas labores.

"Lo contrario, sería instituir el ocio, contrariar las más elementales pautas de la política criminal y del propio procedimiento, arts. 530 y ss. del C. de P. P. Desconocer el fin último de la pena.

"Pero es que no es solamente la ley, la que indica que debe tenerse en cuenta el descuento por trabajo que se viene pregonando, sino que es la propia Constitución quien así lo determina, al consagrar el derecho a la igualdad; al trabajo, aún estando privado de la libertad. Y muy especialmente el derecho a la libertad.

"Precisamente, como se sabe, el Consejo de Estado, recientemente anuló algunos apartes del acuerdo 11 de 1995 del INPEC, por considerarlo violatorio de algunos derechos fundamentales.

"Sea entonces un hecho inequívoco -finaliza el recurrente-que reconocer el trabajo que se le está certificando a Oscar Benavides Melo, es sencillamente reconocerle su dignidad, su derecho a seguir siendo hombre".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se dio el trámite dispuesto por la ley a los recursos de reposición interpuestos y en el término de traslado a los no recurrentes éstos permanecieron en silencio.

El primer tema que abordará la Sala es el relacionado con la pretensión del defensor del procesado Oscar Benavides Melo, relativa a que se le reconozca el descuento de pena por las 5.192 horas de trabajo que le certificó el Director Seccional del Das en Casanare. Y se reiterará que ello no es posible, como sucedió en el caso de Lelio Antonio Pedraza Roa, advirtiendo que las razones suministradas por el impugnante no cambian la conclusión.

Es cierto que el Código Penitenciario y Carcelario establece en su artículo 79 la obligatoriedad del trabajo en los establecimientos de reclusión, como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. Sostener a partir de dicha premisa, sin embargo, como lo hace el defensor, que el no reconocimiento en el caso concreto de las 5.192 horas de trabajo certificadas, equivale tanto como a desconocer el tiempo de privación física de la libertad, por haberse cumplido en las dependencias del DAS, es absurdo. La permanencia en reclusión es un hecho material cuyo reconocimiento no se encuentra atado a ninguna condición especial adicional. El otorgamiento de redención de pena por trabajo o estudio, por el contrario, no surge de manera automática de un certificado que haga constar la dedicación del recluso a una cualquiera de dichas actividades. Se requiere que previamente la labor haya sido determinada por el Inpec y, además, la evaluación o control del trabajo por parte de la misma entidad.

Y los anteriores requisitos no pueden ser desconocidos en ningún caso. Por lo tanto, cuando el sitio de reclusión no ha sido un centro carcelario bajo el control directo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el trabajo o estudio apto para redimir pena está sometido a iguales reglas, las cuales deben cumplirse como condición previa para acceder al descuento de pena correspondiente.

El artículo 1° de la resolución 2376 de 1997 expedida por la Dirección del Inpec determinó y definió como actividades válidas para la redención de pena por trabajo, las siguientes:

"a) Industrial: corresponde a las actividades de fabricación o ensamble de bienes intermedios o de consumo final;

"b) Agrícolas y pecuarias: corresponde a las actividades desarrolladas para la explotación económica de los recursos vegetales y/o especies animales;

"c) Artesanales: corresponde a las actividades individuales desarrolladas por internos que poseen actividades en algún arte u oficio;

"d) Mantenimiento: corresponde a las actividades desarrolladas para el embellecimiento y mantenimiento del establecimiento carcelario, exceptuándose las labores de aseo y conservación de las celdas que continúan siendo responsabilidad del interno que las ocupa;

"e) Servicios: corresponde a actividades desarrolladas en beneficio general de la población reclusa del establecimiento, tales como rancho o cocina, atención de expendios, panadería, peluquería, lavandería, monitores, auxiliares y ordenanzas, entre otros. También comprende, en centros de reclusión especial, todas aquellas actividades que beneficien a otras personas del centro, tales como instrucción, servicio en bibliotecas, mantenimiento, entre otras debidamente programadas por el director del respectivo centro;

"f) Trabajo extramuros en labores públicas, agrícolas o industriales con personas o empresas de reconocida honorabilidad, siempre que se den los presupuestos señalados en los incisos 3 y 4 del artículo 86 de la ley 65 y demás normas que lo reglamenten".

A través de la norma transcrita el Inpec cumplió con su deber de determinar los trabajos válidos para redimir la pena (art. 80 de la ley 65/93). Y de ninguno de los literales que la componen es derivable que la labor que se le certificó al procesado Lelio Antonio Pedraza Roa, es decir haber laborado en la oficina de criminalística e identificación - sección de archivo del DAS en Yopal, corresponda a alguna de las previstas. Y es que resultaría absurdo y preocupante que fuera al contrario. Sencillamente porque una actividad tal, que sin duda alguna implica el manejo de información trascendental y que por lo mismo debe estar confiada a empleados oficiales de conducta intachable, desde ningún punto de vista es posible que resulte encomendada a una persona privada de su libertad en las dependencias del organismo. Es chocante, entonces, si de verdad ello sucedió, que se haya permitido el acceso del procesado a dicho archivo a realizar funciones relacionadas con la misión misma del organismo de seguridad. Pero si definitivamente pasó, dicha labor, de conformidad con la reglamentación del Inpec, no es válida para redimir la pena.

En lo que tiene que ver con Oscar Benavides Melo, la constancia del Director Seccional del Das (demasiado parecida a la expedida a nombre de Pedraza Roa) ni siquiera explica el tipo de trabajo que realizó, circunstancia suficiente para no acceder a la solicitud de su defensor encaminada a que se le reconozca el descuento de pena a que haya lugar. Pero aún en el caso de que se hubiera precisado la actividad y ella fuera encasillable dentro de los trabajos determinados por el Inpec, la conclusión de no reconocer ningún descuento de pena con sustento en dicho documento sería invariable. Simplemente porque el supuesto trabajo realizado en ningún momento fue controlado ni evaluado por las autoridades carcelarias.

Así pues, como factor de redención de la pena, no se tomará en cuenta la certificación de trabajo expedida a nombre de Benavides Melo por el Director del DAS en Yopal. La Sala, sin embargo, luego de examinarla con detenimiento ha encontrado serias inconsistencias en su contenido. Allí se dice que el mencionado laboró entre junio de 1995 y enero de 1996 y ello no le era posible hacerlo en esas dependencias, ya que durante esos meses estuvo privado de su libertad en la Sala de Capturados del Das en Santa Fe de Bogotá.

El 12 de junio de 1995, en efecto, la secretaría de los Juzgados Regionales en Bogotá le solicitó al Jefe de esta oficina del Das que mantuviera allí detenido a Benavides Melo (fl. 137 c.o. 2). Desde entonces y hasta el 9 de enero de 1996 el Coordinador de Servicios Complementarios del organismo de Seguridad, le insistió en varias oportunidades a la Justicia Regional para que dispusiera su traslado a un establecimiento carcelario especial, debido a que la sala de capturados sólo estaba concebida como sitio de retención transitoria. En tal sentido están dirigidas las comunicaciones que aparecen en el cuaderno 2, fechadas el 2 de agosto y el 12 de octubre de 1995 (fls. 183, 204) y el 9 de enero de 1996 (fl. 292).

Las circunstancias anteriores hacen sospechoso el contenido de la constancia expedida a Benavides Melo, pues si éste no se encontraba en Yopal durante los meses señalados, no se comprende que el Director del Das en ese lugar haya certificado que trabajó durante ese tiempo. Esta posible irregularidad amerita que la Sala disponga la expedición de las copias pertinentes para las averiguaciones penal y disciplinaria respectivas, con destino a la Fiscalía General de la Nación, a la oficina de investigaciones internas del Departamento Administrativo de Seguridad y a la Procuraduría General de la Nación.

Resta señalar que la orden de traslado de los procesados dispuesta por la Corte en el proveído recurrido, será igualmente mantenida. Las salas de retenidos del Das no cumplen funciones de centros de reclusión sino de permanencia transitoria, por lo que se impone que el Inpec, atendiendo la condición de ex funcionarios de los imputados, los ubique cuanto antes en un establecimiento carcelario especial.

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

RESUELVE:

1°. *No reponer* en ninguna de sus partes la providencia impugnada por los defensores de los procesados Oscar Benavides Melo y Lelio Antonio Pedraza Roa, expedida por la Sala el 28 de abril de 1998.

2°. Expedir las copias a que se hizo mención en las consideraciones, con destino a las autoridades relacionadas.

3°. Reiterarle al Inpec la orden de traslado de los procesados.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES

De conformidad con el artículo 415, numeral 2, del Estatuto Procesal Penal, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria, cuando lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúna el requisito establecido por el artículo 72 del Código Penal, de naturaleza subjetiva, que apunta a la personalidad del delincuente, a la conducta en el establecimiento Carcelario y a los antecedentes de todo orden. Con base en ellos se ha de examinar la readaptación social del procesado, para determinar si es merecedor a la libertad provisional por la causal invocada.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., junio ocho (8) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 11398

Aprobado acta No. 80

VISTOS

La Sala resuelve la petición de libertad provisional elevada por el procesado Edwar Alonso Tejada Serna, quien alega cumplir los requisitos exigidos por la ley procesal penal para tener derecho a ese beneficio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con el artículo 415, numeral 2, del Estatuto Procesal Penal, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria, cuando lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúna el requisito establecido por el artículo 72 del Código Penal, de naturaleza subjetiva, que apunta a la personalidad del delincuente, a la conducta en el establecimiento carcelario y a los antecedentes de todo orden. Con base en ellos se ha de examinar la readaptación social del procesado, para determinar si es merecedor a la libertad provisional por la causal invocada.

2. El procesado fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín a la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión, por el delito de secuestro simple. Aquél se encuentra privado de la libertad desde el seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por lo que a la fecha registra en detención física cuarenta y cuatro meses (44) meses. Con providencia de esta Corporación de fecha veintiocho (28) de octubre del pasado año, se le reconoció a Tejada Serna una redención de pena por trabajo de nueve (9) meses y veintiséis (26) días. Sumados a la fecha estos guarismos, entre detención física y rebaja por trabajo, se obtiene un total de cincuenta y tres (53) meses y veintiséis (26) días, quantum que resulta superior a las dos terceras partes de la sanción, equivalentes a cuarenta y ocho (48) meses, cumpliéndose el requisito cuantitativo que exige la norma procesal penal.

Se debe aclarar que para efectos de la redención de pena no se ha tenido en cuenta el tiempo de trabajo a que hacen referencia los certificados 6178, 5772 y 6696, por falta del acta de evaluación que sobre dichas actividades exige el art. 101 de la ley 65 de 1993.

3. En providencia del dieciséis de diciembre del pasado año, la Corte denegó la petición de libertad provisional a Edwar Alonso Tejada Serna, con consideraciones que mantienen su vigencia. Dijo lo siguiente:

"No sucede lo mismo con el factor subjetivo que impone el artículo 72 del Código Penal, pues la personalidad desfavorable de Edwar Alonso Tejada Serna impide suponer que se encuentra preparado para su regreso anticipado a la sociedad, debiendo purgar la totalidad de la pena impuesta.

En efecto, el procesado fue sentenciado en segunda instancia por el delito de Secuestro Simple, hecho que denota en su ejecutor una gran insensibilidad moral por cuanto desconoce uno de los bienes más preciados del hombre cual es su libertad y atenta de manera grave contra la dignidad del ser humano, siendo en los actuales momentos uno de los flagelos que más agobia a la sociedad colombiana, lo cual amerita una respuesta contundente de la administración de justicia en el sentido de exigir el cumplimiento total de la sanción".

4. No existiendo motivo sobreviniente alguno a dichas consideraciones que haga posible la excarcelación del peticionario con fundamento en el artículo 415 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, se impone una vez más la negación de ese beneficio.

5. La Corte se abstiene de considerar la petición que ha presentado la doctora Gloria Isabel Vargas Torres, quien afirma ser apoderada del procesado Tejada Serna, en su condición de defensora pública, porque ella no es la representante judicial de aquél en el sub judice, ese cargo ha venido siendo desempeñado ininterrumpidamente desde el 8 de noviembre de 1994 por el doctor Ignacio Alberto Correa Posada . La calidad invocada por la

doctora Vargas Torres no está comprobada en el expediente y con el escrito no se aportan los documentos necesarios para acreditar la representación judicial que se arroga.

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

RESUELVE

Negar la libertad provisional al sindicado Edwar Alonso Tejada Serna, recluido actualmente en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONSONANCIA ENTRE LA RESOLUCION DE ACUSACION Y LA SENTENCIA-Su no exigibilidad legal frente a la medida de aseguramiento

Es necesario recordar que, conforme a nuestra actual estructura procesal, la imputación hecha en la resolución que decreta medida de aseguramiento es eminentemente provisional, por lo cual puede ser ulteriormente modificada, no sólo como producto de los nuevos elementos de juicio allegados al Proceso, sino como consecuencia de una mejor comprensión de lo ocurrido, que lleve al funcionario judicial a modificar su criterio jurídico. El sumario es, fundamentalmente, etapa de indagación, de práctica de pruebas y, por lo mismo cambiante, siendo ésta una de las razones por las cuales el contenido de la resolución que define la situación jurídica no puede condicionar el de la providencia calificatoria, siendo sí necesario que ésta verse sobre los hechos controvertidos en la instrucción y con relación a los cuales se indagó al procesado.

La única imputación definitiva, tanto fáctica como jurídicamente considerada, es la que se hace en la resolución de acusación, de manera tal que la controversia probatoria, que en la fase sumarial fue amplia, se circunscribirá a debatir los precisos cargos contenidos en esa determinación, limitándose la sentencia a resolverlos y debiendo, por lo tanto, ser congruente con ella.

Como consecuencia, la consonancia sólo se requiere entre el pliego acusatorio y la sentencia, pero no se hace extensiva a las demás decisiones que se tomen en la etapa instructiva, entre ellas, la que define la situación jurídica, sea que se decrete o no medida de aseguramiento.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - *Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).*

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 10242

Aprobado acta N° 81

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto contra la providencia del 22 de abril del año en curso, mediante la cual se dictó resolución de acusación contra el señor Miguel Antonio Roa Vanegas, actualmente Representante a la Cámara, por los delitos de receptación y falsedad marcaria.

LA SUSTENTACIÓN

En un extenso escrito, dividido en cuatro secciones, el defensor del procesado expone sus argumentos en procura de obtener la reposición de la providencia calificatoria y, consecuencialmente, lograr la preclusión de la investigación o la nulidad de lo actuado. Dichos planteamientos se sintetizan así:

1) Afirma que si bien la Sala vislumbró, al momento de resolver la situación jurídica del sindicado, la posible existencia de un delito contra la fe pública, finalmente, en ese instante, se abstuvo de imputar dicha ilicitud, en razón de que las circunstancias probatorias no permitían realizar la correspondiente adecuación típica y determinar el grado de responsabilidad, siendo así consecuente con las exigencias contempladas en el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, al momento de calificar el mérito del sumario y olvidando las consideraciones que tuvo en cuenta en aquella oportunidad procesal, acusó al señor Roa Vanegas como autor del delito de falsedad marcaria, surgiendo un contrasentido entre estas piezas procesales, máxime cuando las pruebas aportadas en ese interregno en nada variaron la inicial condición jurídica del hoy acusado.

Reconoce que la jurisprudencia puede variar de acuerdo a los parámetros de un derecho permanentemente dinámico. Sin embargo "si media cambio de Magistrado Ponente, la unidad de juez implica la unidad de criterio, que en concreto desde el punto de vista procesal ha debido manifestarse en que, si los mismos Magistrados que suscribieron la resolución por medio de la cual se definió la situación jurídica absteniéndose de imponer medida de aseguramiento por el delito de falsedad marcaria por razones de deficiencia probatoria estaban realmente convencidos de ésta, como seguramente ocurrió, entonces ahora han debido salvar el voto con los mismos argumentos de entonces".

Continúa diciendo:

"Lo que no podrían esperar los sujetos procesales, es que se hubiese utilizado el argumento de la insuficiencia probatoria cuando en realidad ésta no existía a juicio de la Corte, simplemente como argumento intrascendente y no vinculante, mientras se obtenía por la Sala la claridad sufi-

ciente sobre la tesis jurídica, que es como final y objetivamente pudo haber ocurrido...".

Así, entonces, sostiene que no es jurídico ni procesalmente entendible cómo la Corte, al momento de resolver la situación jurídica del sindicado, no encontró elementos de juicio para imputar el delito contra la fe pública, para luego, en el acto calificatorio, y sin existir ninguna variación en tales circunstancias, hubiese decidido acusar al señor Roa Vanegas por el delito de falsedad marcaria, desconociendo que aquella inicial decisión vincula y ata jurídicamente tanto a los sujetos procesales como a los funcionarios judiciales. Esta irregularidad, en su criterio, conlleva a un ilegal sorprendimiento que atenta flagrantemente contra la defensa técnica de su representado y el debido Proceso.

2) En el siguiente acápite, denominado "derecho a la defensa", asevera que la solución a la planteada irregularidad sería la nulidad de lo actuado.

Sin embargo, asegura que como al procesado se le interrogó debidamente sobre la totalidad de los hechos, "aún de los que posteriormente permitieron a la Corte formular acusación por el delito de falsedad marcaria, y suministró las explicaciones que a bien tuvo, sin ninguna limitación", además de que la Sala, en la providencia que resolvió la situación jurídica, anunció el posible atentado contra la fe pública, lógico es que, en principio, no hubo violación al derecho a la defensa material, pese a ser cierta la incontrovertible sorpresa para la defensa técnica, la que se quedó en espera de la "profundización en la investigación, con lo cual se vio relevada de controvertir un cargo que no se formuló, justamente por deficiencias probatorias que al no haber sido superadas, anticipaban la obligatoria preclusión de la investigación".

3) Luego de reiterar lo que ha venido exponiendo, afirma que la Corte, al imputar inesperadamente y sin fundamento probatorio el punible de falsedad marcaria, vulneró el debido Proceso a través de los principios de contradicción y lealtad procesal.

Respecto al de contradicción dice que si la Sala ordenó, al momento de resolver la situación jurídica del procesado, ahondar probatoriamente sobre el delito contra la fe pública, para luego, sin que se allegaran elementos de convicción sobre el punto, haber proferido resolución de acusación, ello indiscutiblemente condujo a que la defensa se hubiere visto impedida para controvertir o "contraprobar" dicho cargo, tanto en la investigación como en las alegaciones conclusivas, generando de contera una violación al derecho de defensa, en especial el de la técnica.

En cuanto al principio de lealtad procesal, asevera que no es un postulado exclusivo para los sujetos procesales sino también rige para los funcionarios judiciales, principio que igualmente fue soslayado.

"En este punto el principio de lealtad indica que si en aquella ocasión alguno de los magistrados (cinco para ser exactos), hubiesen advertido la suficiencia probatoria para imputar el cargo específico por falsedad marcaria, así han debido manifestarlo, con lo cual el sindicado hubiese sabido a qué atenerse y hubiese orientado su actividad defensiva consecuentemente, bien hacia la contradicción de las pruebas, ora hacia la controversia de las tesis jurídicas, o ambas, o aun otras opciones hipotéticas, o al menos a través de salvamento de voto hubiese podido prever la posibilidad de la nueva situación que ahora se le plantea en el Proceso".

Luego de reiterar que el delito de falsedad marcaria no podía ser imputado, dado que probatoriamente no existe sustento para tal fin, tal como se dijo en la medida de aseguramiento, finaliza solicitándole a la Corte la preclusión de la investigación por el mencionado hecho punible, o la nulidad de lo actuado por violación al debido Proceso.

Como consecuencia de lo solicitado, pide la variación de la medida de aseguramiento que en la actualidad pesa contra su prohijado.

4) En el acápite que denominó "controversia probatoria", el impugnante reconoce la existencia típica del delito de falsedad marcaria, toda vez que resulta incuestionable que los números de identificación del campero que era de propiedad del señor Roa Vanegas, le fueron impuestos a otro que no es de su propiedad.

No obstante, dice que la discusión, en cuanto a este punto, hace relación a la responsabilidad penal de su defendido, por cuanto que, en su criterio, no existe la prueba necesaria para sostener la acusación en su contra.

Considera que las excusas ofrecidas por el procesado son creíbles, por cuanto que por tratarse de un político, actividad que concentra todo su tiempo, desatiende sus actividades personales que, según las reglas de la experiencia, deben ser delegadas, razón por la cual resulta veraz su versión cuando afirmó que no atendió personalmente lo relacionado con los arreglos del campero.

Así mismo reitera que el sindicado estuvo fuera del país una tercera parte del año, lo que igualmente conlleva a concluir que no requería del citado vehículo, ya que cuando se encontraba en Colombia usaba su automotor particular.

Asevera que si bien es cierto el señor Roa solicitó personalmente la autorización ante las autoridades de tránsito para el cambio de color y de motor, también lo es que la experiencia enseña "que la reparación no implica cambio en la numeración, pero también enseña que la reparación es de menor calidad que el cambio total, en su futura duración".

De otra parte, no está de acuerdo con la afirmación de la Corte, según la cual el procesado, por ser propietario del campero, podía conocer los detalles particulares que tenía para así distinguirlo de otro, utilizando esta deducción como indicio grave en su contra, ya que no tuvo en cuenta aspectos particulares como son:

Que su defendido no es una persona apegada a los bienes materiales.

Que si bien es cierto las dos terceras partes del tiempo estuvo en el país, también lo es que dicho lapso lo pasó fuera de su residencia.

Que el mencionado campero ya no formaba parte sustancial de su patrimonio, pues era utilizado sólo para asuntos proselitistas.

Que si bien es cierto que el señor Roa Vanegas solicitó la autorización ante la oficina de tránsito para el cambio de color y de motor, también lo es que "la reparación no implica cambio en la numeración".

Igualmente señala que la Sala "pasó por alto" varios hechos probados. Tales fueron:

1. No es posible que una persona como el procesado "arriesgue una promisoria carrera", con una acción tan ingenua como la de adquirir un carro hurtado.

2. Si el hurto del automotor ocurrió en Tunja, ¿cómo es posible que el procesado, si sabía de su origen ilícito, lo hubiese transitado en la misma ciudad? Situación ésta que contradice la regla de la experiencia, pues en dicho lugar correría con el riesgo de ser detectado con mayor facilidad.

3. El señor Roa Venegas no ocultó el vehículo, todo lo contrario, cuando fue requerido por la Fiscalía presentó toda la documentación pertinente que acreditaba su propiedad.

Por lo anteriormente expuesto solicita que "se decrete la preclusión de la investigación, con la consecuente e incondicional libertad del procesado".

Consideraciones de la Corte

Los puntos concretos sobre los cuales recae la inconformidad del recurrente, se pueden especificar así:

1. Que aunque en la medida de aseguramiento la Sala no concretó la imputación del delito contra la fe pública, por cuanto consideró que no había prueba suficiente para tal efecto, pese a que anunció su posible existencia, lo cierto es que irregularmente convocó a juicio al procesado por el punible de falsedad marcaria, lo que no se podía hacer como quiera que la prueba echada de menos inicialmente no varió.

Por consiguiente, al imputarse en la acusación un delito sobre el cual no hubo controversia, no hay duda que se sorprendió deslealmente a la

defensa técnica, lo que conllevó a la violación de la garantía judicial del derecho de defensa y, consecuencialmente, del debido Proceso.

2. Que si bien es cierto el delito de falsedad marcaria tiene su sustento en el ámbito de la tipicidad, también lo es que en lo que atañe a la responsabilidad no existe prueba suficiente en contra del procesado, más aún cuando existen contraindicios y hechos demostrados que resaltan su inocencia.

Al respecto, la Sala se permite manifestar:

En lo atinente al primer cuestionamiento, es necesario recordar que, conforme a nuestra actual estructura procesal, la imputación hecha en la resolución que decreta medida de aseguramiento es eminentemente provisional, por lo cual puede ser ulteriormente modificada, no sólo como producto de los nuevos elementos de juicio allegados al Proceso, sino como consecuencia de una mejor comprensión de lo ocurrido, que lleve al funcionario judicial a modificar su criterio jurídico. El sumario es, fundamentalmente, etapa de indagación, de práctica de pruebas y, por lo mismo cambiante, siendo ésta una de las razones por las cuales el contenido de la resolución que define la situación jurídica no puede condicionar el de la providencia calificatoria, siendo sí necesario que ésta verse sobre los hechos controvertidos en la instrucción y con relación a los cuales se indagó al procesado.

La única imputación definitiva, tanto fáctica como jurídicamente considerada, es la que se hace en la resolución de acusación, de manera tal que la controversia probatoria, que en la fase sumarial fue amplia, se circunscribirá a debatir los precisos cargos contenidos en esa determinación, limitándose la sentencia a resolverlos y debiendo, por lo tanto, ser congruente con ella.

Como consecuencia, la consonancia sólo se requiere entre el pliego acusatorio y la sentencia, pero no se hace extensiva a las demás decisiones que se tomen en la etapa instructiva, entre ellas, la que define la situación jurídica, sea que se decrete o no medida de aseguramiento.

Sobre este particular tema la Sala ha sostenido:

"El inciso primero del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal dispone que, 'En ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del procesado'. A su turno, el artículo 387 *ibidem* señala que dentro de los cinco o de los diez días siguientes a la indagatoria, según que la persona se encuentre o no privada de la libertad, el funcionario judicial deberá resolver la situación jurídica dictando medida de aseguramiento si hay prueba que la justifique, o absteniéndose de hacerlo.

"Con medida de aseguramiento o sin ella, una vez definida la situación jurídica la instrucción del Proceso continúa sin que haya ninguna norma

que diga que si se amplía la indagatoria es necesario volver a definirla, y realmente una orden en ese sentido sería absurda desde el punto de vista de la agilidad que debe tener la actuación sumaria, especialmente si se tiene en cuenta que la etapa de investigación termina con un nuevo y más riguroso examen de la situación jurídica, en donde no solamente se evalúan las pruebas recaudadas y se mira lo atinente a la medida de aseguramiento, sino que si se profiere resolución de acusación se concreta la denominación jurídica de los hechos por los cuales debe el imputado responder en juicio. El sindicado puede solicitar cuantas ampliaciones de indagatoria considere necesarias (art. 361 C. de P.P.), pero ese no es un mecanismo que obligue al funcionario judicial a proferir sendas definiciones de la situación jurídica.

"Así las cosas, independientemente de que en la definición de la situación jurídica se haya impuesto o no medida de aseguramiento, del número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se les hubiere dado, es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primer pronunciamiento un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperarse que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones. Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir.

"Trasladando lo anterior al campo de la casuística para una mejor ilustración, podrían darse, entre otras, las siguientes situaciones: a) que en la definición de la situación jurídica se impute un delito, y al momento de la calificación se estime que los hechos investigados dan lugar a dos o más punibles en concurso; b) que en la definición de la situación jurídica se dé a los hechos una denominación y en la resolución de acusación se considere que es otra; c) que en la primera oportunidad se diga que no hay lugar a medida de aseguramiento por no haber suficientes elementos de juicio sobre la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, etc., y en el momento de la calificación se encuentre que hay mérito para enjuiciar por uno o más ilícitos.

"En síntesis, lo que se califica a continuación del cierre de la instrucción son los hechos que fueron objeto de la misma, y sobre los cuales se indagó al sindicado, y para hacerlo el criterio que se hubiere expuesto en la definición de la situación jurídica no constituye ninguna limitante, todo lo contrario, si en ese pronunciamiento se hubiere cometido algún error, es la oportunidad para subsanarlo. Dicho de otra manera, si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para poder cerrar la

investigación, su contenido no limita el de la calificación" (Sentencia del 31 de julio de 1997, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Conforme a los precedentes criterios jurídicos, debe sostenerse que la imputación del delito de falsedad marcaria en la resolución de acusación, no puede entenderse como un sorprendimiento en contra de los intereses del procesado, menos aún cuando en la diligencia de indagatoria, como así lo admite el recurrente, se interrogó al señor Roa Vanegas por todas las circunstancias fácticas por las cuales se le profirió resolución de acusación e, igualmente, al momento de resolver la situación jurídica la Sala advirtió sobre la posible existencia de un delito contra la fe pública.

De otra parte, no se sujeta a la realidad la afirmación, según la cual la Sala "no ahondó en la investigación orientada hacia la demostración de si se consumaron atentados contra la fe pública", pues una vez proferida la medida de aseguramiento se incorporaron al Proceso cuatro testimonios y varios documentos que contienen elementos de juicio en torno al multicitado delito, los que valorados conjunta y mancomunadamente con los que ya existían, permitieron concretar la mencionada imputación.

Por consiguiente, no es cierto que se haya sorprendido a la defensa con el cargo hecho en la resolución de acusación y, mucho menos, que se hubiese faltado a los postulados de la contradicción y la lealtad, los que han sido respetados a lo largo de la presente actuación.

Finalmente, en lo concerniente a la aseveración del recurrente, en el sentido de que los Magistrados que definieron la situación jurídica y que se abstuvieron de imponer medida de aseguramiento por el delito de falsedad marcaria, han debido salvar voto, la Sala se permite observar que allí no se descartó la existencia de tal punible, sino que se estimó que aún no se tenían suficientes elementos de juicio para tomar una determinación al respecto, pero, de todos modos, se anunció su posible tipificación. Al allegarse y tener una mejor comprensión de lo ocurrido se concluyó que sí se estructuraba tal reato. Es más, aún sin nuevos medios de prueba, nada impedía que la Sala cambiara su criterio jurídico y corrigiera el desacierto, en el evento de que hubiera incurrido en él, como ya se explicó.

Estas consideraciones son suficientes para que la Sala concluya que no puede prosperar la solicitud de nulidad o de preclusión de la investigación hecha por el recurrente, con relación al punible de falsedad marcaria.

Por otra parte, en lo atinente a la prueba de responsabilidad del procesado, considera la Sala que los argumentos expuestos por el impugnante no logran modificar las conclusiones de la decisión atacada.

En efecto, asevera que por ser su defendido un político, desatiende sus actividades personales que debe delegar en otras personas, entre las cuales estuvo la reparación del multicitado campero.

Al respecto debe decirse que no le asiste razón, pues, como se dijo en la providencia recurrida, no desatendió la reparación del vehículo, ya que fue él mismo quien realizó los trámites ante las autoridades de tránsito.

Además, como ya también se analizó en la citada resolución, es incuestionable el alto costo que demanda una reparación como la aquí conocida, el que no estaba en condiciones de sufragar la persona a quien supuestamente "delegó", incapacitada para trabajar, y que, necesariamente, tuvo que pagar el procesado, lo que permite colegir que estaba enterado de los pormenores que rodearon el arreglo del campero.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual el sindicado tenía un automóvil particular, que le impedía detallar o identificar el campero Nissan, ya que, como el mismo señor Roa Vanegas lo sostiene, éste era utilizado para actividades de proselitismo político, lo que implicaba que debía tener contacto con dicho bien, el que poseía desde hacía más de un lustro. Además, la más elemental experiencia derrumba este argumento.

De otra parte, tampoco es aceptable la afirmación de que el congresista es una persona "no apegada a los bienes materiales", pues si ello fuera cierto, no se habría encargado, personalmente, de adelantar los trámites legales para reclamar el campero, luego de la colisión, y para cambiar el color y grabar el motor.

En cuanto al argumento, traído a última hora, de que el motor no fue simplemente reparado, sino cambiado, contrariando lo aseverado por el propio acusado y el mismo defensor, quienes con antelación sostuvieron que tan solo fue reparado (actividad que no requiere regrabación), lo único que logra es reforzar la convicción de la Sala sobre la posible responsabilidad del acusado, quien ante la contundente prueba técnica que demuestra que al vehículo hurtado al señor Urrutia Molano se le colocaron el número de motor y otras señales del carro accidentado de Roa Vanegas, para hacerlo pasar como el de su propiedad, ahora opta por aseverar que no fue reparado sino cambiado, pero sin que se logre explicar para qué se reemplazó un motor que no sufrió daño alguno y por qué se reconoció que el carro encontrado en poder del congresista correspondía al arrebatado a Urrutia Molano. Además, si el motor fue sustituido, lo que explicaría la regrabación, cómo se entiende que el encontrado en el carro que ilícitamente poseía el procesado, tuviera en su cigüeñal, en bajo relieve, estampado el número 20502, que fue colocado por su verdadero propietario, cuando lo arregló, en diciembre de 1991, según aparece demostrado en el expediente.

Respecto a los argumentos de que el procesado no podía arriesgar su promisoria carrera política con una acción tan ingenua como la de adquirir un carro hurtado, el que no ocultó y circuló en la misma ciudad en la cual se cometió el apoderamiento, lo que, según el defensor, demuestra que no conocía su origen ilícito, a más de que cuando fue requerido por la Fiscalía presentó toda la documentación que acreditaba la propiedad, en-

cuentran lógica y racional explicación en que el señor Roa Vanegas, debido a las profundas transformaciones a que se sometió el mentado rodante, como cambio de color, de placas, de número de motor y de plaqueta del serial, estaba seguro que no podría ser reconocido, por lo cual andaba muy confiado, tan sólo que no contó que por una, para él, infortunada casualidad, el verdadero dueño lo pudiese identificar por sutiles pero significativos detalles que únicamente él podía percibir (tapón ubicado en la parte izquierda del capó, la canasta, la tapa de la gasolina y los huecos que presentaba el bómper).

Como el procesado creyó que nunca sería descubierto, no estimó que su carrera política corriera riesgo.

De manera que, al no prosperar ninguna de las tesis planteadas por la defensa, la providencia recurrida no sufrirá modificación alguna.

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

RESUELVE

No reponer la decisión del 22 de abril del presente año, por medio de la cual se profirió resolución de acusación contra el Representante a la Cámara Miguel Antonio Roa Vanegas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (Salvo parcialmente mi voto), *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla , Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Por cuanto mi criterio respecto a que la descripción contravencional del artículo 32 del Dto. 522 de 1971 no ha sido derogada tácitamente por la del artículo 217 del C. Penal, lo he expuesto con el debido detenimiento en mi salvamento parcial del voto a la resolución acusatoria proferida en este mismo asunto, debo remitirme a ella en esta oportunidad, por cuanto nada ha variado.

Fecha, *ut supra*.

Carlos Augusto Gálvez Argote

LIBERTAD PROVISIONAL/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Es cierto que la libertad provisional es un derecho del acriminado, pero no hay que olvidar que surge cuando se cumplen todos los requisitos, los cuales deben ser verificados por la autoridad que conoce del Proceso.

El numeral 8°. del artículo 415 del Código de procedimiento penal señala que hay lugar a la libertad provisional, "En los eventos del inciso primero del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y la indemnización de los perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y ocho. (1998).

Magistrado Ponente: Dr: *Ricardo Calvete Rangel.*

Proceso No. 13702

Aprobado Acta No. 82

VISTOS

El defensor del procesado José Antonio Gómez Hermida presenta una nueva solicitud de libertad provisional, para lo cual anexa un recibo de consignación a órdenes de la Corte por la suma de veintinueve millones cincuenta mil pesos ($29.050.000), a título de reintegro conforme a lo establecido por el artículo 139 del "C. P. P." (sic).

Expresa que la consignación se hizo pese a que las diligencias adelantadas por la fiscalía contra Rigoberto Ciceri Arrigui y las del doctor Gómez Hermida conforman un solo Proceso, "pues del primero se envían unas copias a la Corte para investigar a quien tiene fuero, por lo que las consignaciones hechas en sede del adelantado en Neiva debe ser, conforme a la naturaleza de lo que a la postre sería una obligación solidaria, entendida con reintegro en el asunto que nos ocupa".

Agrega que la misteriosa consignación efectuada en el Proceso referido queda a disposición de la Rama Judicial de la cual hacen parte la Corte y

la Fiscalía entre otras, por lo que no procedería consignarle dos veces a la Rama lo que sería reintegro de un solo hecho.

Termina diciendo que la libertad en palabras de la jurisprudencia es un derecho y no una liberalidad del funcionario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dados los comentarios que al margen de la solicitud hace el defensor, es oportuno precisar que no es cierto que la actuación que se surte en la Fiscalía contra Ciceri Arrigui y la que se adelanta en la Corte contra el Congresista Gómez Hermida conformen "un solo Proceso", pues en virtud del fuero que ampara a este último se rompió la unidad procesal, y eso trae como consecuencia que existan dos Procesos, uno por cada sindicado.

En la instrucción que se adelanta en la Corte no se había efectuado reintegro de lo apropiado, ni se acreditó que en otra actuación por los mismos hechos se hubiere efectuado la restitución definitiva, simplemente se había informado que en el asunto que investiga la Fiscalía hubo una consignación cuya autoría el procesado y su defensor rechazaron, lo cual pone en duda su destino, y obviamente, el hecho de que esta Corporación pertenezca a la Rama Judicial no la faculta para disponer de ese dinero, ni para incurrir en el error de entender restituido parcialmente el objeto material del peculado.

Ahora, si más adelante se acredita que en otro Proceso se efectuó la restitución definitiva del valor apropiado, o se pone a disposición de la Corte otra consignación con la cual se supere la cantidad que se debe restituir, es viable en principio pensar en la posibilidad de la devolución, salvo que deba ser destinado a otro fin.

De otra parte, es cierto que la libertad provisional es un derecho del acriminado, pero no hay que olvidar que surge cuando se cumplen todos los requisitos, los cuales deben ser verificados por la autoridad que conoce del Proceso.

2. El numeral 8° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal señala que hay lugar a la libertad provisional. "En los eventos del inciso primero del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y la indemnización de los perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia".

En el caso en estudio se puso a disposición de la Corte, y a título de reintegro de lo apropiado, la cantidad de veintinueve millones cincuenta mil pesos ($29.050.000), que es el total imputado, pero no se ha efectuado la indemnización de perjuicios exigida por la norma vigente. Al respecto es preciso señalar que se ordenó un dictamen pericial con el fin de fijar la cuantía correspondiente, y que el procesado consignó para el pago y de manera anticipada cinco millones de pesos ($5.000.000).

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que los hechos imputados se ejecutaron en 1991, esto es, cuando regía el Decreto 050 de 1987, en cuyo numeral 8° del artículo 439 permitía en estos eventos la excarcelación con el solo reintegro de lo apropiado, sin exigir adicionalmente la indemnización de perjuicios como lo hace la ley hoy vigente.

En casos similares al presente la sala ha considerado que se debe conceder la libertad en virtud del principio de favorabilidad[1], dado que tratándose de la libertad provisional, en todo aquello que no se refiera a su simple trámite, deben ser aplicadas las normas favorables a los intereses del acusado.

Como en la definición de la situación jurídica se imputó al doctor Gómez Hermida, además del delito de peculado el de falsedad en documento privado, es necesario destacar que este último tiene señalada una pena de prisión de uno (1) a seis (6) años, por lo tanto no impide el otorgamiento de la libertad provisional por la causal invocada, pues la medida de asegura miento aplicable por él sería la de caución.

3. En atención ha anotado se concederá la libertad provisional al Senador José Antonio Gómez Hermida, para lo cual deberá prestar caución por la suma equivalente a veinte salarios mínimos mensuales y suscribir diligencia de compromiso.

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

RESUELVE

1. Conceder al doctor José Antonio Gómez Hermida la libertad provisional solicitada por su defensor, para lo cual previamente deberá prestar una caución por valor de veinte salarios mínimos mensuales y suscribir diligencia en la cual se comprometa a cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

2. Cumplidos los anteriores requisitos se librarán las comunicaciones correspondientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, no firmó, *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

---

[1] En ese sentido Auto de junio 22 y septiembre 9 de 1993 M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; y julio 18 de 1996 M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

RESOLUCION DE ACUSACION-Intangibilidad/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA

Salvo los casos de excepción en que rige el sistema inquisitivo de procesamiento, en Colombia se adoptó uno mixto con tendencia acusatoria, en el que ejecutoriada la resolución de acusación e iniciada la etapa de juzgamiento, el fiscal pierde la dirección del Proceso y adquiere la calidad de sujeto procesal y aunque conserva la función acusadora, no puede variar o adicionar la acusación, que debió formular en su totalidad en tal proveído, de manera que el enjuiciado tenga certeza de que se debe defender de ella, exclusivamente. El debate que en la fase sumarial fue amplio se circunscribirá a los precisos aspectos contenidas en tal decisión.

El trámite especial de sentencia anticipada sigue, en general, estos mismos principios, y si se considera que el acta de formulación de cargos es equivalente a la resolución de acusación, podremos sacar las siguientes conclusiones.

1. Es intangible, pues ni el fiscal ni el juez tienen competencia para variar o adicionar la acusación, esto es, para introducir modificaciones a la imputación hecha y aceptada.

2. El juez, por lo tanto, deberá dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, debiendo existir congruencia entre aquella providencia y el acta de formulación y aceptación de cargos.

3. La intangibilidad de la acusación no impide, según criterio mayoritario de la Sala, que el juez, al proferir el fallo, puede atenuar la responsabilidad, aunque no agravarla, pero sin desconocer la denominación jurídica imputada, esto es, manteniendo la identidad del género delictivo.

4. La incompetencia del juez para variar la acusación, no obsta para que como supremo garante de la legalidad pueda anular la citada acta cuando advierta que se violaron las garantías fundamentales o que en la misma se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción.

En el caso de la sentencia anticipada existe una razón adicional para respetar la intangibilidad de la acusación y es la de que en el procedimiento ordinario, el pliego de cargos es obra exclusiva del fiscal y consecuencia de la prueba practicada y controvertida en la fase sumarial y, en cambio, en el evento de este especial trámite es fruto de la concurrencia personal del fiscal y del procesado quien participa activamente no sólo cuando manifiesta la intención de someterse a él, sino cuando muestra su conformidad con los cargos formulados por aquel y con base en ellos, y no en otros más gravosos, accede a ser inmediatamente condenado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente : Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 9830

Aprobado Acta N° 82

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Antonio María Serrano Cuevas contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, el 1° de junio de 1994, en la que al confirmar la del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 18 de abril de 1994, lo condenó a la pena principal de 16 años y 8 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor del delito de homicidio simple cometido en Ramiro Mantilla Mendoza.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente se declaró ajustada la demanda a las exigencias legales.

Corrido el respectivo traslado, el Procurador Tercero Delegado en lo penal solicitó no casar la sentencia recurrida.

HECHOS

El 8 de agosto de 1993, en horas de la tarde, en el sitio llamado La Caseta, jurisdicción del Municipio de Los Santos (Santander), departían varios campesinos amigos. Entre los contertulios estaba el hoy occiso Ramiro Mantilla y los hermanos Serrano Cuevas, entre quienes existían antiguas rencillas personales y familiares.

En las horas de la noche, y luego de un intento de riña, varios de los asistentes decidieron ir a casa de uno de ellos a continuar libando, oportunidad en la que Saúl Serrano prendió a Ramiro Mantilla por la cin-

tura incitándolo a pelear, sin que el incidente pasara a mayores por la intervención de Ramiro García.

Calmados los ánimos, y cuando se dirigían a una tienda, Antonio Serrano Cuevas disparó contra Mantilla ocasionándole una herida que le produjo la muerte.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 10 de agosto de 1993 se ordenó adelantar investigación preliminar y tres días después se abrió Proceso penal.

El 12 de octubre de 1993 fue escuchado en indagatoria Antonio María Serrano Cuevas y su situación jurídica se resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva.

El 14 de diciembre de 1993 se admitió la constitución de parte civil.

El 18 de enero de 1994 se realizó diligencia de formulación y aceptación de cargos, en el trámite de sentencia anticipada, la que fue invalidada el 31 siguiente por el Juzgado Noveno Penal del Circuito, en decisión confirmada por el Tribunal, al estimarse que no estaba demostrada la atenuante de la ira.

El 29 de marzo se llevó a cabo nuevamente la precitada diligencia, en la que se imputó al procesado el delito de homicidio simplemente voluntario, sin circunstancias de atenuación, que fue aceptado por él, habiéndose dictado sentencia de primera instancia el 18 de abril de 1994 y de segunda el 1° de junio del mismo año.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Primer cargo

Cuatro cargos son formulados por el recurrente, el primero de ellos al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por considerar que la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial, al haberse incurrido en error en la apreciación de una prueba, la indagatoria, porque su poderdante dijo haber disparado para proteger su vida y la de su hermano Saúl Serrano Cuevas, afirmaciones que son verosímiles y no han sido refutadas por nadie.

Critica al juez de primera instancia aseverando que construye la sentencia valorando jurídicamente la prueba confesional y destaca algunas de las afirmaciones de ese despacho en las que se hacen consideraciones de no credibilidad con relación a algunos medios de convicción, para concluir que la confesión de Serrano Cuevas ha debido ser tenida en cuenta.

Menciona una sentencia anterior que condenó a quien en este Proceso aparece como occiso, por lesiones personales en perjuicio de Saúl Serrano Cuevas.

Segundo cargo

Presenta, como subsidiario, un segundo cargo, en el que dice que el artículo 60 del Código Penal quedó relegado al olvido "ante el imperio del artículo 37 del C. de P. P., utilizado por inocentes y culpables en este país, pócima y bálsamo a la vez, sin que sea coactivo, definitivamente. Error de hecho, indirecto, elementalmente".

Tercer cargo

Formula un tercer reproche, que califica como segundo porque el anterior lo considera como primero subsidiario, al amparo de la causal tercera, por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, que hace consistir en la existencia de comprobadas irregularidades.

Al efecto sostiene que cuando el Juzgado del Circuito decretó la nulidad de la audiencia de sentencia anticipada, donde se había aceptado la existencia de un homicidio simple en estado de ira, alegando la violación de garantías fundamentales, vulneró el debido Proceso porque ningún derecho había sido desconocido.

Estima que si esta pieza equivale a una resolución de acusación, resulta inconstitucional e ilegal que la segunda instancia de los interlocutorios no sea del conocimiento de los Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior, para terminar predicando la falta de competencia del Juez Penal del Circuito.

Igualmente, considera que se violó el debido Proceso al habérsele negado a su defendido la reducción de pena por confesión, con la excusa de haberse presentado una excepción a la misma, esto es, la flagrancia.

Cuarto cargo

Aduce una cuarta censura referida a la casación excepcional, fundado en la necesidad de unificar la jurisprudencia nacional, sosteniendo que la Corte se halla dividida en cuanto al concepto de flagrancia y que esa unificación se hace necesaria porque estima que negarse la reducción de pena por confesión es afectar gravemente los derechos fundamentales.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público comienza por calificar de muy deficiente la demanda, ya que deja de lado no sólo las exigencias técnicas del recurso extraordinario sino además los parámetros que el actual Código de Procedimiento Penal exige en la denuncia de las causales de nulidad.

Afirma que se "alegan en el escrito una serie de inconformidades a las que se denomina cargos, pero no tienen el desarrollo que acredite su real ocurrencia ni la incidencia de ellos en el trámite procesal o en la ley sustancial aplicada".

Con relación al primero de ellos, "el libelista se rebela contra la credibilidad que el sentenciador otorgó a la confesión del procesado y a algunos testimonios que se estiman vitales para la corroboración del dicho del incriminado, pero no se describe ... cuál fue el error en el que supuestamente incurrió el juzgador al momento de la valoración de tales pruebas".

Simplemente se afirma la necesidad de la defensa sobre la base de una sentencia condenatoria anterior proferida contra la víctima, lo que no permite establecer siquiera si el error que se denuncia es de hecho o de derecho. Además, no precisa por qué una antigua sentencia proferida contra el occiso podría configurar prueba de la legítima defensa, cuando más bien parecería ubicar la conducta en el campo de la venganza.

Considera imposible poder determinar cuál es el sentido "que se reclama de las pruebas que se reseñaron en este acápite de la demanda y cómo su correcta apreciación podría hacer variar en modo sustancial el contenido de la sentencia impugnada".

En cuanto al cargo por no aplicación del artículo 60 del C. P. considera que no alcanzó a ser enunciado, porque se limitó a expresar que tal disposición fue olvidada "sin que de ello pueda concluirse cuál es el sentido de la alegación o la pretensión del recurrente".

Si lo que quiso destacar fue una falta de aplicación de la norma, ha debido postular una violación directa de la ley sustancial, pero de manera lamentable y equivocada finalmente se decide por la violación indirecta, al sostener que tal exclusión evidente configura un error de hecho.

En el último de los cargos invita a la Corte a unificar la jurisprudencia en torno a la flagrancia, sin precisar cuál de las causales de casación habilitarían la posibilidad de la ruptura del fallo.

Adicionalmente, opina el Procurador Delegado, el concepto mayoritario "se debe entender como interpretación vigente de la norma y la que recoge, como decisión, los criterios unificadores de la jurisprudencia".

En lo atinente a la nulidad "observa la Delegada que el recurrente discurre sin orden ni concreción por tres motivos diferentes de ella, sin decidirse a alegar en concreto una cualquiera, pues los vicios de trámite que advierte los califica indistintamente como vulneradores del debido Proceso, o bien como quebrantos de las normas de la competencia funcional, sin entrar a determinar en ningún caso, en forma clara y precisa, la supuesta falla del juzgador, por lo que tampoco demuestra la incidencia del vicio en la sentencia impugnada".

En lo referente al argumento de que el juez no tenía ninguna razón para anular el acta de sentencia anticipada, pues no se habían vulnerado los derechos fundamentales del acusado, acota el Ministerio Público que tampoco tiene razón el libelista, pues aunque es cierto que no se descono-

cieron tales derechos, lo que sí es evidente fue que se reconoció una diminuente sin la existencia de las pruebas que sustentaran tal situación, por lo que estima acertada la decisión de los jueces de primera y segunda instancia. En consecuencia, no se invalidó la actuación por el quebranto de las garantías debidas a las partes, "sino por la ruptura del esquema del Proceso, porque se reconoció una circunstancia sin respaldo probatorio, esto es, porque se introdujo en la resolución de acusación (acta de sentencia anticipada, que es su equivalente) un hecho sobre el cual no existen pruebas que lo sustenten".

En lo concerniente a la alegada nulidad por falta de competencia del Juez Noveno Penal del Circuito, observa que "es preciso decir que las decisiones judiciales tienen como presupuesto ineludible la validez de la actuación que las motiva y, por tanto, siendo el juez el encargado de aplicar la ley y determinar –de acuerdo con lo anteriormente actuado– la pena que corresponde al procesado, es su deber velar por que el procedimiento se haya observado a plenitud y pueda válidamente hacer los pronunciamientos respectivos".

Agrega que el hecho de que se haya dado a la Fiscalía el monopolio de la acusación no ata a los jueces a la ilegalidad que hubiera podido surgir en el Proceso como consecuencia de su actuación, por lo cual "cuando el juez encuentra que la acusación ha sido mal formulada, debe acudir al mecanismo previsto en el ordenamiento penal que le permita remover los defectos de la actuación y ponerla en condiciones de dictar una sentencia legítima y adecuada a derecho, instrumento éste que es el de las nulidades, previsto como remedio extremo para corregir los vicios que se presenten en el procedimiento".

Finalmente, en lo tocante al cuestionamiento por no haber concedido la rebaja por confesión, acota que no es un problema que pueda plantearse a la Corte bajo la causal de nulidad, sino que ha debido aducirse al amparo de la causal primera puesto que la negativa para conceder la rebaja depende del concepto que tuvo el juzgador del fenómeno de la flagrancia.

Solicita no casar la sentencia.

Consideraciones de la Sala

Atendiendo al principio de prioridad, la Sala estudiará, en primer lugar, los cargos relacionados con la causal tercera, pues de prosperar se haría innecesario el análisis de los reproches fundados en causales diferentes, que parten de la validez de la actuación cumplida.

La primera irregularidad aducida, al amparo de la causal tercera, la basa el libelista en que el Juzgado del Circuito decretó la nulidad de la audiencia de sentencia anticipada, en la que se había aceptado la existencia de un homicidio simple en estado de ira, alegando la violación de ga-

rantías fundamentales, sin que ningún derecho del acusado se hubiera desconocido, con lo que se vulneró la garantía del debido Proceso.

En desacuerdo con el criterio del Procurador Delegado, debe la Sala manifestar, no obstante el deficiente desarrollo de la censura, que le asiste razón al impugnante.

En efecto, salvo los casos de excepción en que rige el sistema inquisitivo de procesamiento, en Colombia se adoptó uno mixto con tendencia acusatoria, en el que ejecutoriada la resolución de acusación e iniciada la etapa de juzgamiento, el fiscal pierde la dirección del Proceso y adquiere la calidad de sujeto procesal y aunque conserva la función acusadora, no puede variar o adicionar la acusación, que debió formular en su totalidad en tal proveído, de manera que el enjuiciado tenga certeza de que se debe defender de ella, exclusivamente. El debate que en la fase sumarial fue amplio se circunscribirá a los precisos aspectos contenidas en tal decisión.

Lo anterior no significa que el fiscal no pueda cambiar su posición jurídica con relación a la acusación, pero sí es desfavorable al procesado, no podría hacer ninguna petición en tal sentido, pues si la hace no podrá ser atendida por el juez. Si es favorable deberá pedir la absolución o la atenuación de la responsabilidad, según el caso, como cualquier otro sujeto procesal, pero no podrá trocar la acusación, ni impetrar al juez que lo haga, pues éste también, en el actual esquema procesal, carece de esa atribución.

Como consecuencia, la sentencia se limitará a resolver los cargos contenidos en la resolución de acusación, debiendo, por ende, ser congruente con la misma, "sin que pueda introducir hechos no comprendidos en ella, ni cambiar la denominación jurídica, ni deducir agravantes, ni suprimir atenuantes, ni en general hacer más gravosa la situación del enjuiciado", como lo ha sostenido la Sala[1].

La intangibilidad de la resolución de acusación, entendida en el sentido de que en la etapa de juzgamiento ni el fiscal ni el juez tienen competencia para variar o adicionar la imputación, no obsta para que éste, al resolver a través de la sentencia los cargos formulados, no pueda atemperar la responsabilidad, pues si puede absolver con mayor razón podrá actuar en tal sentido. Pero para evitar que se rompa la congruencia, no podrá desconocer la denominación jurídica imputada, debiendo mantenerse la identidad del género delictivo, ni podrá, desde luego, hacer más gravosa la situación del enjuiciado.

Como lo ha sostenido la Sala, la adecuación típica de la conducta que hace el fiscal en la resolución de acusación se entiende como provisional,

---

[1] (Véase, entre otras, casación 9156, mayo/98, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia; auto abril/98, segunda instancia 13.509, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; casación 9485, mayo 20/97, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

con señalamiento del capítulo, dentro del correspondiente título del C. Penal. "Este carácter provisorio permite al juzgador, como muchas veces se ha dicho, concretar definitivamente la adecuación típica del hecho punible, acomodar en la sentencia -si es del caso- la conducta a uno cualquiera de los tipos que integran el capítulo respectivo pero sin trascender los límites o parámetros imputados por el núcleo central de la acusación[2]".

Una variación de la calificación del hecho punible, así limitada, ni rompe la congruencia, ni afecta la estructura del Proceso, ni desconoce el derecho de contradicción y defensa.

Por otra parte, la incompetencia del juez para modificar la resolución de acusación, no impide que como supremo garante de la legalidad pueda decretar la ineficacia de dicha pieza procesal, cuando se vulneran las garantías fundamentales (por ejemplo, por incompetencia del fiscal que la profirió en tratándose de funcionarios constitucionalmente aforados, por falta de motivación, motivación anfibológica, desconocimiento del derecho de defensa, etc.) o cuando en la misma se incurre en error en la denominación jurídica de la infracción, es decir, se la califica con el nombre correspondiente a otro género delictivo, pues si al dictar sentencia se modificara el "*nomen iuris*", para corregir el desacierto, se violaría la congruencia y se sorprendería al acusado, generándose otro yerro.

El trámite especial de sentencia anticipada sigue, en general, estos mismos principios, y si se considera que el acta de formulación de cargos es equivalente a la resolución de acusación, podremos sacar las siguientes conclusiones.

1. Es intangible, pues ni el fiscal ni el juez tienen competencia para variar o adicionar la acusación, esto es, para introducir modificaciones a la imputación hecha y aceptada.

2. El juez, por lo tanto, deberá dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, debiendo existir congruencia entre aquella providencia y el acta de formulación y aceptación de cargos.

3. La intangibilidad de la acusación no impide, según criterio mayoritario de la Sala, que el juez, al proferir el fallo, pueda atenuar la responsabilidad, aunque no agravarla, pero sin desconocer la denominación jurídica imputada, esto es, manteniendo la identidad del género delictivo.

La incompetencia del juez para variar la acusación, no obsta para que como supremo garante de la legalidad pueda anular la citada acta cuando advierta que se violaron las garantías fundamentales o que en la misma se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el Juez del Circuito carecía de facultad para invalidar el acta de formulación y aceptación

[2] (Ver casación 0637, marzo 4/97 M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

de cargos, pues tal nulidad no se dispuso porque se hubieran desconocido las garantías fundamentales o porque se hubiera incurrido en error en la denominación jurídica del hecho punible, sino porque se estimó que no se encontraba probada la atenuante de la ira, esto es, no por un error de procedimiento sino por un presunto yerro de juicio que, salvo los casos en que trasciende la validez de la actuación, no genera nulidad[3].

Al disponer, indebidamente, la ineficacia de tal acta, el juez se arrogó, indebidamente, la facultad de modificar la acusación, en perjuicio del acusado, pues obligó a que se profiriera una segunda, sin la mentada atenuante, con lo que vulneró la estructura del Proceso, no sólo por irrumpir en una función reservada a la Fiscalía, como lo es la acusatoria, sino, además, porque desconoció que, en ese momento procesal, la acusación había devenido intangible, por lo que ni el mismo fiscal podía variarla. Pero también pasó por alto la voluntad del procesado que aceptó un trámite abreviado y una sentencia inmediata con fundamento en esa atenuada imputación.

Y es que en el caso de la sentencia anticipada existe una razón adicional para respetar la intangibilidad de la acusación y es la de que en el procedimiento ordinario, el pliego de cargos es obra exclusiva del fiscal y consecuencia de la prueba practicada y controvertida en la fase sumarial y, en cambio, en el evento de este especial trámite es fruto de la concurrencia personal del fiscal y del procesado quien participa activamente no sólo cuando manifiesta la intención de someterse a él, sino cuando muestra su conformidad con los cargos formulados por aquel y con base en ellos, y no en otros más gravosos, accede a ser inmediatamente condenado.

Por las razones expuestas se invalidará lo actuado a partir del auto fechado el 31 de enero de 1994, proferido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga, para que se subsane el defecto.

Finalmente, aunque se efectuó una segunda audiencia de formulación de cargos, sin la aminorante del artículo 60 del C. P, los que fueron aceptados por el procesado, ello no convalidó la irregularidad, pues no se está en presencia de una vulneración de garantías (error de garantía) sino de un vicio de estructura (error de estructura) el que es insubsanable.

Ante la prosperidad de este reproche resulta innecesario el análisis de los demás.

---

[3] Según se ha sostenido la Sala, por ejemplo, hay errores in *judicando* que trascienden la validez de la actuación, como ocurre con el citado error en el *nomen juris* del hecho punible cuando se alega, en los punibles contra el patrimonio, que no se trata de un solo hecho sino de varios, lo que podría implicar cambio de competencia, al disminuir la cuantía, que no sería del Juzgado del Circuito sino del Municipal. (Véase, entre otras Casación 12.440, mayo 27/97, M. P. Dr. Jorge E. Posada, casación 0845, mayo 29/97, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; casación 10 036 diciembre/97, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVA:

CASAR el fallo impugnado, en el sentido de invalidar lo actuado a partir del auto fechado el 31 de enero de 1994, inclusive, proferido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga, para que se subsane la irregularidad.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, (No firmó), *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ TESTIMONIO/ ERROR DE PROHIBICION

1. En la concreta modalidad de error de hecho, alegada acá por el censor por falso juicio de identidad se incurre, cuando el fallador, en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión, por parte del juez, del contenido material del medio probatorio, bien porque se la coloca diciendo más de lo que encierra o haciéndole expresar menos de lo que el texto dice; insuficiente resulta, por demás, la mera relación de la prueba material a que se refiere el error, sino que es indispensable acreditar lo que ella objetivamente demuestra, para derrumbar la equivocada conclusión que en relación con el medio de prueba contiene el fallo atacado (Sentencia de Casación de agosto 25 de 1994; M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez) y, complementariamente, la obligación para el recurrente de incursionar en el examen de la nueva situación probatoria, tendiente a demostrar la trascendencia del error y señalar las normas sustanciales indirectamente violadas por falta de aplicación o aplicación indebida.

2. El testimonio único, purgado de vicios, ostenta capacidad de llevar al convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado. Al respecto, así se expresó la Corte:

"...Debe advertirse, por último, que si a la luz de nuestro sistema probatorio resulta no controvertible que el testimonio único puede ser elemento bastante para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado, no lo es menos que para merecer suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos.

"El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos y deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación..." (Casación de marzo 9 de 1995: M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

3. Confunde el recurrente esta institución penal con otra que, a pesar de tener algún referente común, es lo cierto que presentan grandes rasgos diferenciales, como quiera que la relacionada por el defensor

es la conocida causal del "Error de Prohibición", una de cuyas variantes es la "Defensa Putativa", como causal excluyente de culpabilidad, que entre otras cosas, presupone la existencia del elemento antijuridicidad. En la primera, la injusta agresión tiene existencia en el plano fenomenológico y el agredido se ve precisado a responder a ella; en la segunda, se obra con la convicción errada e invencible de estar amparado por una causal de justificación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 9667

Aprobado Acta No. 82

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado Julio César Santos Gómez contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali el 8 de abril de 1994, por medio de la cual impuso a aquel la pena principal privativa de libertad de diez (10) años de prisión, en calidad de responsable del delito de homicidio cometido contra Héctor Fabio Castrillón Flórez, fallo que a su vez confirmó, con algunas modificaciones, el proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito de la misma ciudad, fechado el dos (2) de febrero del mismo año.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En las horas de la tarde del 7 de abril de 1985, en el sitio conocido como "Alto Aguacatal", comprensión territorial del municipio de Cali, los hermanos vecinos de ese sector Julio César y José Luis Santos Gómez fueron hasta la residencia de Héctor Fabio Castrillón Torres a fin de saldar enfrentamiento que el primero de ellos había tenido el día anterior con el último. Del simple enfrentamiento de palabra, inmediatamente se pasó al de obra porque, Julio César y Héctor Fabio, provistos de arma blanca, se acometieron mutuamente, siendo lesionado mortalmente Castrillón Torres, quien allí mismo falleció, practicando horas más tarde el levantamiento del cadáver el comisario de policía municipal. Consumado el hecho, los hermanos huyeron del escenario.

La apertura de la instrucción la realizó el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Cali el 9 de abril del mismo año, obteniéndose la captura de José Luis el 25 de octubre de 1988; escuchado en indagatoria, el Juzgado 14 de Instrucción Criminal se abstuvo de proferir en su contra medida de aseguramiento al encontrar, pese a su negativa en indagatoria, que su

comportamiento se había limitado al simple acto de presencia, sin prestar colaboración de ningún tipo a su hermano Julio César.

Luego, previo emplazamiento y declaratoria de persona ausente, el 7 de septiembre de 1989, el último de los Despachos Judiciales resuelve situación jurídica profiriendo contra Julio César Santos Gómez medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de Homicidio, estructurado por el art. 323 del C. Penal, operándose el cierre de la instrucción el 22 de abril de 1992.

Por competencia, el Proceso pasó al conocimiento de la Fiscalía 1 3 de la Unidad Especializada en homicidio, dependencia que califica el mérito del sumario el primero de octubre de 1992, profiriendo resolución acusatoria contra Julio César Santos Gómez en calidad de autor presuntamente responsable del delito de Homicidio y precluyendo la instrucción en favor de su hermano José Luis.

El Juzgado 26 Penal del Circuito de Cali (antiguo Juzgado 6° Superior), reasume la competencia para tramitar la fase del juicio y el 28 de mayo de 1993 es capturado y puesto a disposición el acriminado Julio César, quien en la etapa probatoria es escuchado en indagatoria, diligencia en cuyo desarrollo confiesa haber sido el autor de la muerte de Castrillón Torres, pero calificándola por el aspecto de haber obrado en legítima defensa de su vida, ante la agresión de que fue víctima, proveniente del interfecto, quien le atacó con machete y cuchillo, no quedándole alternativa distinta.

Realizada la audiencia pública, el Juzgado 26 Penal del Circuito profirió sentencia el 2 de febrero de 1994 (fs. 238 y ss.), condenando a Santos Gómez, en calidad de autor responsable del delito de Homicidio, a la pena principal privativa de libertad de diez (10) años y cuatro (4) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez años y a pagar, a favor de los hermanos del occiso, suma equivalente en moneda nacional a cincuenta gramos oro, como perjuicios morales causados; se abstuvo de condenar por perjuicios materiales ante la no demostración de ellos y, finalmente, negó el sustituto penal de la condena de ejecución condicional.

Apelada la sentencia por el defensor, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en proveído calendado el 8 de abril de 1994 (fs. 271 y ss.), la confirmó con la reforma en el sentido de imponer a Santos Gómez la pena de diez (10) años de prisión y, en relación con la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, "la cual será de un año a partir del cumplimiento de la pena principal".

Oportunamente interpuesto el recurso extraordinario de casación por parte de Santos Gómez, éste fue concedido por el Tribunal Superior de Cali el 12 de mayo de la citada anualidad; dentro del término del traslado, el defensor público nombrado para el efecto, presentó la correspondiente de-

manda (fs. 300 y ss.); el Ministerio Público, como sujeto no recurrente, también allegó un escrito donde se opone a las pretensiones del recurrente.

DEMANDA DE CASACIÓN

Contra la sentencia condenatoria materia del recurso extraordinario de casación, invoca el defensor la causal primera del art. 220 del C. de P. Penal, que reza:

"Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

"Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente".

Tres cargos dice que formula contra la sentencia, con base todos ellos en el inciso segundo citado, específicamente relacionados con el error de hecho, así:

Primer Cargo

"Violación de la ley en cuanto a la prueba de la confesión". No creyó el fallador en la confesión de Santos Gómez, cuando indica que fue Héctor Fabio quien groseramente lo increpó y convidó a pelear, que el cuchillo ya lo portaba para una posible defensa, puesto que había recibido amenazas el día anterior y bajo ninguna circunstancia mencionó su intención de matar. El Tribunal descartó la causal eximente de antijuridicidad, por no tener respaldo probatorio alguno, "pero de ser así debió estimar si la intención del agente era de matar, de lesionar o por el contrario si su íntimo convencimiento lo llevó a estimar que estaba amparado por una causal de inculpabilidad; lo cual no hizo el fallador con respecto a la injurada". Ha sido reiterado el procesado al indicar que su oponente salió herido cuando "nos chocamos los cuerpos", circunstancia que debe confrontarse con el experticio médico legal, que indica que de las tres lesiones padecidas por Castrillón Torres, dos de ellas sólo comprometieron la piel y la restante fue profunda.

En el acápite pertinente a la "Demostración del Cargo", textualmente transcribe el recurrente el contenido de los Arts. 297 y 298 del C. de P. Penal, relacionados con el procedimiento en caso de confesión y los criterios para su apreciación, para concluir que su comportamiento estuvo orientado hacia la legítima defensa "y la sentencia que se acusó, desconoce dicha confesión, violando con ello la ley en los artículos enunciados en la demostración de este cargo. En el presente caso, se dictó sentencia con la declaración de un testigo que no ofrece serios motivos de credibilidad y sobre todo en contra de la confesión del procesado... se pone en evidencia que el hecho apreciado fue desfigurado por el sentenciador, cuando no le dio crédito al procesado en su injurada... por eso se configura en error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad, o sea violación indirecta de la ley".

Segundo Cargo

Llamado por el impugnante "Apreciación errónea de la prueba", lo refiere al testigo único Gustavo Ararat García, cuyo testimonio reviste gran confusión, es vago, poco contundente, falto de credibilidad y contradictorio. Las sentencias le dan pleno valor a su aserto y confrontando lo afirmado por los falladores, el declarante manifestó que luego de desafiarse, los contrincantes salieron a armarse (el procesado afirma que ya estaba armado); la situación se presenta difusa porque "o lo aceptamos como testigo único y desechamos la confesión; o descartamos al testigo y aceptamos la confesión". De aceptar la aseveración de Ararat, en el sentido de que Santos Gómez salió a armarse, cómo explicar entonces que su suegra Noralba Trochez, no lo haya visto entrar a la residencia.'

Una segunda inquietud en relación con Ararat García, se plantea cuando expresa éste que desconoce qué clase de arma tenía Julio César, suponiendo que después de lesionar mortalmente a Héctor Fabio, "le puso el arma en la mano". Pero acontece que la deponente Noralba Trochez dijo en su exposición que a un lado del interfecto había un cuchillo y al otro un machete y que "esas armas eran del finado Héctor". No tomó el fallador la precaución de confrontar lo afirmado en el Proceso, y se lanzó en conjeturas, cuando está plenamente establecido que esas dos armas eran del occiso y, así las cosas, ¿quién es el mendaz? el testigo o Julio César?. Desde la óptica del impugnante, los falladores apreciaron erróneamente el testimonio de Gustavo Ararat García, por las siguientes razones:

1. Ararat dice que ambos salieron a armarse, pero al mismo tiempo afirma no vio arma a Julio César, para luego suponer que la que aparecía al lado del occiso, pertenecía a aquel.

2. Las afirmaciones del testigo contrarían la declaración de Noralba Trochez, quien enfáticamente declara que el cuchillo era del finado.

3. Ararat García aduce que cuando Héctor Fabio cayó, "salía sangre de su cuerpo". Por qué, entonces, no observó cuando Julio César puso el cuchillo al lado de su cuerpo. Curioso que haya apreciado una circunstancia e inobservado la otra.

4. El Art. 294 del C. de P. Penal enseña cuáles son los criterios para la apreciación del testimonio: transcribe el canon y, renglón seguido, relaciona una providencia de la Corte acerca del testimonio de los parientes, amigos íntimos o enemigos, para rematar indicando que el declarante era amigo del occiso Héctor Fabio, como también su madre Noralba Sánchez y "además novio al parecer de Luz Marina", por lo que el fallador no debió tener en cuenta sólo algunos aspectos que incriminaban a Julio César, sino apreciarlo en conjunto "ya que las cosas que él no apreció lograrán extraer la verdad"; Ararat fue parcializado y, así las cosas, el "juzgador distorcionó (sic) el sentido de la prueba dándole alcance que no tenía, cuando trató de llenar las diferencias del testimonio ... por lo tanto estamos en presencia de la causal primera, la violación indirecta, error de hecho".

Tercer Cargo

"Se ignoró en la sentencia la declaración de Noralba Tróchez". El Tribunal, en cuanto a la declaración de la dama, dijo: "Porque Noralba Trochez, al igual que el primer testigo mencionado, vio cuando corría Julio y su hermano". Si se aprecia la declaración de la dama, ésta no manifiesta haber visto a Julio César en su casa y menos con el fin de armarse; indicando también que las armas encontradas al lado del cuerpo del occiso, a él pertenecían. Si este testimonio hubiese sido apreciado por el Tribunal, no habría tenido que acudir a conjeturas y sí a la versión dada por el procesado "ya que no ofrecía credibilidad lo afirmado por el único testigo, por ser abiertamente contradictorio; se presenta entonces una violación indirecta a la ley, por error de hecho, ya "que se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obre en el Proceso y el juzgador omite su apreciación".

De haberse apreciado el testimonio de la dama y observado la contrariedad que presenta con relación a Ararat García, el concepto de la sentencia variaba ostensiblemente, aceptando la versión dada por el sindicado en su injurada, en el sentido de que "fue previamente incitado por Héctor Fabio y que fue este último que (sic) lo invitó a pelear, que fue él quien primero le causó las heridas a Julio César, y que su actuar fue conforme a derecho".

Conclusión

Al desestimar la prueba testimonial de Ararat García, "sólo queda por aceptar los hechos como los narró el procesado que por no haberse tenido en cuenta o por no haberse apreciado íntegramente, se profirió sentencia condenatoria en su contra que de lo contrario se hubiera dado aplicabilidad al numeral tercero, del artículo 40 del C. Penal, que dice: 'Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación'. Que es la norma que de dejó de aplicar, por no dar crédito a la injurada", cuando el procesado manifestó categóricamente estar convencido de actuar conforme a derecho y, cuando en sus propias palabras, explicó con la vista pública qué entendía por legítima defensa.

Ruega a la Corte casar el fallo y se dicte sentencia de reemplazo, excluyéndolo de toda responsabilidad, porque su comportamiento no fue culpable "conforme a las normas que se dejaron de aplicar".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, conceptúa sobre el particular que la Corte no debe casar la sentencia recurrida, por los siguientes motivos:

En relación con el primer cargo, no identifica el recurrente en forma clara y precisa los fundamentos de la causal que aduce, ni invoca las normas de derecho sustancial vulneradas, como tampoco el sentido de la

violación, ni la incidencia que la transgresión pueda tener en el fallo impugnado. Si bien el demandante afirma que la injurada de Santos Gómez fue erróneamente apreciada (error de hecho por falso juicio de identidad), no señala de qué manera se incurrió en tal yerro y, en el fondo, lo que hace es cuestionar el análisis probatorio de la confesión, efectuado por el juzgador, circunstancia vedada en casación por cuando aquella valoración, dentro del marco de la sana crítica, es función prevalente del fallador sobre los razonamientos de las partes, tratándose de mera diferencia de criterios. "Además, el casacionista dirige el cargo a que se le reconozca a su defendido la diminuente de punibilidad por confesión, pero en desarrollo del ataque concomitantemente alega que el procesado actuó en legítima defensa, censuras éstas que son excluyentes entre sí".

Atinente al segundo cargo, dirigido por el actor al error de hecho por falso juicio de identidad, presenta los mismos yerros de técnica que el anterior, además de partir de presupuestos científicos inaceptables para la ciencia probatoria, como afirmar que el declarante único no puede descreharse, ni siquiera parcialmente, "que el testimonio único es indivisible y no puede ser cotejado con otras pruebas en sentido opuesto".

En cuanto al tercer cargo, es infundado el reproche del censor al dirigir el ataque por error de hecho por falso juicio de existencia, ante la omisión por parte del fallador de la declaración de Noralba Tróchez. Dicho testimonio efectivamente fue apreciado en la sentencia y así lo reconoce el mismo impugnante. En el fondo, la censura está relacionada con la valoración de la prueba, propia del juzgador, aspecto no atendible en casación, "porque el juez no está obligado a decidir sobre una prueba singular en su integridad, sino sobre una verdad extraída de todo el conjunto probatorio obrante en el Proceso ... Es la libre persuación (sic) racional del Juez de la sentencia sobre la totalidad del caudal probatorio existente en el Proceso, lo que se llama la prueba del Proceso".

Para Resolver Considera la Corte

En la causal de casación consagrada por el cuerpo segundo del numeral primero del Art. 220 del C. de P. Penal, fundamenta el recurrente cada una de las tres censuras que hace al fallo del Tribunal Superior de Cali; específicamente, todas ellas se refieren a supuestos errores de hecho en que incurrió el juzgador en la apreciación de determinadas pruebas. Siguiendo el orden propuesto por el censor, seguidamente se ocupa la Corte de su análisis y alcance.

Primer Cargo

Está relacionado con el error de hecho por falso juicio de identidad en que incurrió el fallador en la sentencia de segunda instancia, al no haberle creído al procesado lo que expresó en su indagatoria respecto a haber actuado en legítima defensa de su vida, pues la inminente e injusta agresión partió de Héctor Fabio Castrillón Torres.

En la concreta modalidad de error de hecho, alegada acá por el censor por falso juicio de identidad se incurre, cuando el fallador, en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión, por parte del juez, del contenido material del medio probatorio, bien porque se la coloca diciendo más de lo que encierra o haciéndole expresar menos de lo que el texto dice; insuficiente resulta, por demás, la mera relación de la prueba material a que se refiere el error, sino que es indispensable acreditar lo que ella objetivamente demuestra, para derrumbar la equivocada conclusión que en relación con el medio de prueba contiene el fallo atacado (Sentencia de Casación de Agosto 25 de 1994; M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez) y, complementariamente, la obligación para el recurrente de incursionar en el examen de la nueva situación probatoria, tendiente a demostrar la trascendencia del error y señalar las normas sustanciales indirectamente violadas por falta de aplicación o aplicación indebida.

Corto en extremo se queda el impugnante, al limitarse a cotejar y confrontar el análisis crítico que de la indagatoria realizó el fallador, en aras a descartar la causal eximente de antijuridicidad (otras veces se refiere a una excluyente de culpabilidad), para concluir el censor acotando que no se ajusta a derecho ni al caudal probatorio, desconociendo también que nunca tuvo intención su poderdante de segar la vida de Castrillón Torres.

No indica el recurrente, en forma expresa, en qué consistió el error por distorsión en la injurada de Julio César Santos Gómez en que presuntamente incurrió el Tribunal al proferir la sentencia, menos invoca las disposiciones penales sustanciales indirectamente infringidas, ni el sentido de la violación y menos la trascendencia que la predicada tergiversación de la prueba tiene para lograr la mutación de lo resuelto.

En síntesis, limita el actor sus argumentos a cuestionar el análisis y valoración que de la confesión efectuó el juzgador como medio de prueba existente en el Proceso, situación vedada para la casación por cuanto valorar las pruebas dentro del marco de la sana crítica (lógica, experiencia y ciencia), es del resorte del fallador, con prevalencia sobre los razonamientos críticos de los sujetos procesales y, si la conclusión judicial no coincide con el planteamiento valorativo del defensor, no quiere ello significar que por ese simple evento surja un error demandable.

Reiterada y pacífica ha sido la Corte, al expresar sobre este punto:

"... la credibilidad en su mayor o menor grado, conferida por el Tribunal a un determinado medio de prueba, no es motivo alegable en casación, cuando no depende ese juicio valorativo de errores de hecho o de derecho, sino que ella es el efecto del ejercicio judicial del deber de examinar la prueba con apego a la normatividad que la gobierna..." (Casación de abril 15 de 1993; M.P. Dr. Didimo Páez Velandia).

Súmese a lo anotado, que el recurrente incurre en incongruencias que están al margen del error que predica, manifestadas en expresiones tales como "no se le creyó al procesado" (erigiéndose en aspecto de valoración del testimonio, con apego a las reglas de la sana crítica); "descarta la causal eximente de antijuridicidad ...si su íntimo convencimiento lo llevó a estimar que estaba amparado por una causal de inculpabilidad (lo que conlleva al reconocimiento de la legítima defensa -Art. 29-4 del C. Penal, trayendo a colación una causal excluyente de culpabilidad, la defensa putativa - Art. 40-3 ibídem), que son totalmente excluyentes y, sin embargo, confundidas por el censor; "la sentencia que se acusó desconoce dicha confesión" (si desconoce la prueba, el error de hecho debe dirigirse al falso juicio de existencia, que no de identidad).

En los aspectos no contrapuestos, las sentencias de primera y segunda instancias, constituyen una unidad jurídica e inescindible para efectos del recurso de casación; desde esta perspectiva, resulta saludable relacionar los argumentos en aquellas contenidos, para evidenciar las razones que sirvieron de cara a desechar la confesión calificada de Santos Gómez, así:

"... Podemos afirmar con seguridad que fue el procesado quien dio los pasos necesarios para reavivar la situación anterior (el enfrentamiento que habían tenido el día 6 de abril de 1985, aclara la Corte) e insistir en ella cuando *ex profeso* se dirige a la casa de la víctima, según él, para tratar de 'poner claros los puntos' como lo expresa en Audiencia, dejándonos claridad sobre el hecho de que llevaba consigo la intención de continuar la discusión y que fue esta la motivación y no la de ir únicamente a tomar el carro que lo llevaba de regreso a su casa en San Antonio, lo que resulta como una excusa a medias que se cuela en su discurso sin dejar convicción de certeza, en tanto que así hubiera sido, estamos seguros de que el hecho no se hubiera suscitado y esto por tres razones: Primero porque resulta que la ruta escogida por el incriminado y que le permitía pasar por frente de la casa de la víctima, no era paso obligado para coger el transporte; segundo porque hay constancias (fl. 4 audiencia y 192) de que Héctor Fabio estaba en el interior de su vivienda y el paso de Julio César por la vía debería haber pasado inadvertido para él y, tercero porque el procesado termina aceptando en la audiencia que en efecto fue a buscarlo (...).

"Reglas de la experiencia humana indican que alguien con actitud disuasiva y de verdad interesado en conservar la amistad no hubiera procedido de manera tan inoportuna como lo hizo Julio César..." (fs. 244 y 245, sentencia del *A quo*).

"... Este incidente al parece precluido, se vivenció al día siguiente y es así como Julio César Santos, quien nunca emplea armas, por prevención tomó un cuchillo, pero su comportamiento no queda allí sino que se pasa por la casa de Héctor Fabio y lo busca y además de ello se hace acompañar

de su hermano, quien si bien no realiza ningún acto criminal, al menos constituye un acompañamiento psicológico para el acusado y un debilitamiento en el mismo sentido para la víctima, puesto que espera una agresión mayor.

"Se trata en consecuencia de un 'duelo' de hombres para demostrar cuál era más bravo y lograr así mayor respeto de quienes lo rodean, actitud propia del malevaje, de quien no tiene unos sanos criterios de valoración de las cosas, de los afectos, de los sentimientos, se obra con criterio de emocionalidad y no de razonabilidad, propias de la situación social y económica en que viven, personas casi analfabetas (...).

"La lógica natural de las cosas, llámese apreciación subjetiva, nos obliga a inferir que Julio César Santos no iba tan calmado ni en busca de la paz o reconciliación con su amigo, sino que iba dispuesto a salir por sus fueros, a reclamar su orgullo de hombre herido, a aceptar el reto, y en ello se enfrascó, con un acto claro de manifestación de voluntad, acontecer fáctico que es precisamente el descrito por el testigo Ararat, quien al precisar los hechos da cuenta exacta del enfrentamiento que se produjo entre víctima y victimario.

"La coartada planteada por el sujeto agente, al ubicarse ante una causal de antijuridicidad, no tiene respaldo probatorio alguno, perdiendo toda validez ante lo expresado por el testigo único de los hechos, quien con su lenguaje parroquiano nos ilustra sobre el hecho diciendo que ellos se tiraban a darse, expresión por demás gráfica, en su esencia y significado, puesto que pone de presente el consentimiento de uno y otro para llegar a la disputa, sabiendo que de ello se produciría un resultado..." (segunda instancia: fs. 277 y 280).

En consecuencia, no prospera la censura; debe la Corte aclarar en este aparte, que carece la Delegada de razón cuando argumenta, en aras a la improsperidad de la causal, que resulta excluyente dirigir el cargo a que se reconozca una diminuente de pena por confesión y desarrollar el ataque por la vía de la legítima defensa, para lo cual trae a colación un pronunciamiento de esta Corporación de junio 24 de 1992, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz; lo pregonado en el proveído tiene plena validez, ocurriendo que carece de aplicación para el presente evento, dado que el recurrente en ninguna parte de su demanda acude a la confesión de su poderdante de cara a obtener reducción de pena (Art. 299 del C. de P. Penal); el censor se limitó, a transcribir los Arts. 297 y 298 ibídem, sobre procedimiento en caso de confesión y los criterios para su apreciación, buscando así demostrar el yerro de los juzgadores.

Segundo Cargo

Los mismos defectos técnicos de que adolece el anterior, son predicables para esta censura, que hace relación al error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio de Gustavo Ararat García.

Por demás, igualmente constituye la oposición de su personal criterio, frente al plasmado por las instancias, infiriendo y reiterando que no merece credibilidad en algunos de sus apartes (por ejemplo, que el cuchillo lo colocó Santos Gómez al lado del occiso, una vez que con él lo lesionó de muerte, cuando se sabe pertenecía al mismo Castrillón Torres, al igual que el machete), pero sin que el recurrente, en ninguna parte de su demanda acuda a demostrar el error de hecho en que incurrió el fallador, es decir, la no identidad entre lo que el medio probatorio objetivamente revela y lo que la sentencia ha reseñado de ese mismo elemento de juicio, distorsionándolo, para realizar un errado Proceso de inferencia.

Siguiendo la Corte los derroteros del cargo anterior, también es dable acá apreciar, por parte del recurrente, la incursión en imprecisiones que malogran la censura, al estimar que en la sentencia acusada "se le da pleno valor" al testimonio de Ararat García, acudiendo al parecer el defensor a una especie de tarifa legal de pruebas, ya superada por nuestra legislación probatoria penal, pretendiendo que se le otorgó el carácter de "plena prueba" al aserto de este testigo (error de derecho por falso juicio de convicción), cuando la escueta verdad es que el reseñado medio de prueba, para los falladores, resultaba de "entera credibilidad", de acuerdo con las reglas de la crítica del testimonio, sin que tampoco tenga acogida, por contrariar las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia probatoria, (que constituye otro tipo de error de hecho) la posición asumida por el impugnante en el sentido de que se le cree totalmente a Ararat García y de la misma manera se desconozca confesión calificada de Santos Gómez; o se cree a pie juntillas a éste, en desmedro del testigo. Dicho de otra manera y como lo advierte la Delegada, la propuesta del defensor conllevaría a la inaceptable tesis de la indivisibilidad del testimonio, y también de la confesión, remata la Corte.

Sobre el referido testimonio, lejos estuvieron los fallos de haberlo acogido en su integridad y, por el contrario, son explícitos en la conclusión de que fue deficiente y se atreve a realizar conjeturas sobre algunos tópicos: no obstante, frente a las reglas de la crítica del medio testimonial, los juzgadores le otorgaron credibilidad para los aspectos sustanciales de la responsabilidad de Santos Gómez en la muerte de Castrillón Torres, en especial que se trató de una riña concertada, que "ambos iraban a darse". Así se expresa en las sentencias:

"...Bien explícitas quedan estas conclusiones a que hemos llegado a través de las declaraciones de Gustavo Ararat quien a pesar del deficiente interrogatorio que se le hizo, de todas maneras muestra cómo dentro del desarrollo de los hechos, hubo lugar para la disputa acalorada, para los desafíos y para que como consecuencia, expusieran armas ... parécenos que es la falta de un buen interrogatorio en el caso de Gustavo Ararat (testigo presencial) lo que ha llevado a esta asignación de armas ... fácil era para quienes arribaron tarde a los hechos (sic) o para quienes como el

testigo, no estuvo (sic) en capacidad de observar absolutamente todo lo que ocurrió, procedan a llenar este tipo de lagunas, mediante suposiciones, basados en lo que oyen o lo que perciben a última hora, cosa que por otra parte es normal en los declarantes y que hace necesaria la presencia del funcionario para realizar el análisis que corresponda, puesto que no advirtiéndose intención de mentir o de tergiversar la verdad, sí pueden llegar a explotarse confusamente en pro de los intereses de parte, al asignarles un significado parcial y no de todo el contexto..." (fallo de primera instancia).

"... No puede negarse que nos encontramos ante un testigo idóneo, no sólo porque presenció el hecho, sin la existencia de incapacidades físicas o psíquicas para percibir los mismos, sino también porque no puede predicarse del declarante reproche moral, puesto que no tenía ningún interés de favorecer o perjudica (sic) a uno u otro de los contendientes. Tan cierto es lo anterior, que dice que la víctima tenía una mayor ventaja sobre el acusado, en cuanto a la entidad del arma, porque aquél tenía un machete y éste un cuchillo y además de encontrarse el hermano de quien soporta la imputación (...).

"Ese sencillo testimonio de Gustavo Ararat permite a la justicia establecer, con claridad absoluta, cómo se presentó un enfrentamiento querido, advertido y razonado por parte de la víctima y el acusado, quienes por minucias, tales como la demostración de hombría y obtener el pasaporte de macho ante sus mujeres, decidieron por la vía de las armas la definición de este aspecto (...).

"Precisamente la credibilidad que se predica de Gustavo Ararat, permite a la Sala eliminar el mayor grado de culpabilidad que se refiere en la conducta del procesado, al ubicarlo como provocador de la riña, pues resulta claro que el solo estar en los predios de la víctima no da lugar a esta presunción y es así como uno y otro aceptan el reto y por lo tanto no puede tenerse una aparente provocación, como factor de incremento punitivo..." (apartes de la sentencia de segunda instancia).

El testimonio único, purgado de vicios, ostenta capacidad de llevar al convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado. Al respecto, así se expresó la Corte:

"...Debe advertirse, por último, que si a la luz de nuestro sistema probatorio resulta no controvertible que el testimonio único puede ser elemento bastante para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado, no lo es menos que para merecer suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos.

"El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos y deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purifica- ción..." (Casación de marzo 9 de 1995; M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

Aflora para la Corte que, en el evento de autos, de cara a las reglas de la sana crítica y previo cotejo de la prueba, para los falladores resultó preponderante el testimonio de Gustavo Ararat Sánchez frente a la confesión calificada argüida por Santos Gómez, sin que pueda ello atacarse por la vía del recurso extraordinario de casación, viniendo a constituir los argumentos de los sujetos procesales, simples alegatos de instancia. Tampoco prospera.

Tercer Cargo

Aduce el impugnante, para atacar el fallo de segunda instancia, la violación indirecta de la ley sustancial al incurrir aquel en error de hecho por falso juicio de existencia, al ignorar el testimonio de Noralba Tróchez.

Se presenta esta modalidad de yerro, cuando la sentencia desconoce un hecho con relación al cual obra en el Proceso la prueba que lo demuestra, o cuando sin existir ésta, el hecho se da por probado. Para el primer evento, el Juez deja de apreciar una prueba que materialmente existe en el Proceso; para el segundo, supone una prueba que no existe en el Proceso.

No se tiene en cuenta una prueba que materialmente obra en el Proceso, cuando el fallador la ignora completamente, ningún análisis hace de ella, pero no cuando, de alguna manera la aprecia, menos cuando la analiza para inaceptarla total o parcialmente, distinción que resulta fundamental para el correcto planteamiento del cargo, pues diferente resulta que la prueba se desconozca porque es ignorada, a que se desconozca porque probatoriamente al juez no le merece crédito. En cada evento, el error es de naturaleza diferente.

Además del desconocimiento de la técnica que rige la demanda de casación, pregonable para los dos cargos anteriores, y que igualmente es dable para el presente (indicación de las normas sustanciales indirectamente infringidas, demostración del error, su incidencia en la sentencia), aquí el desacierto del censor resulta mayúsculo, cuando al presentar el cargo por error de hecho por falso juicio de existencia, inmediatamente reconoce que el juzgador tuvo en cuenta el testimonio de Noralba Tróchez, presentándose así un verdadero contrasentido: No puede atacarse una prueba diciendo que se desconoció por el fallador que obra en el Proceso y aquel para nada la tuvo en cuenta siendo trascendente, para, a renglón seguido, admitir que el juez sí la tuvo en cuenta, pero no fue estimada en la forma pretendida por el censor: la presentación del error de hecho por falso juicio de existencia, pretende demostrarse por la vía del falso juicio de identidad, cuando lo que ocurre es que cada uno de ellos tiene un ámbito diferente, como se ha dejado sentado a través del presente proveído.

En efecto, el Tribunal sí tuvo en cuenta el testimonio de la señora Noralba Tróchez y a él expresamente hizo alusión en el fallo, lo que genera como consecuencia que completamente carece el cargo de fundamento le-

gal; y si lo pretendido por el impugnante era atacar este testimonio, la censura debió dirigirse por otro tipo de error de hecho, pero, desde ningún punto de vista, por el referido de falso juicio de existencia.

Baste acotar, al respecto, que en la misma demanda de casación se reconoce que el Tribunal efectivamente hizo, no sólo alusión, sino que también tuvo en cuenta el testimonio de la señora Trochez, situación que efectivamente se presenta, cuando así discurre esa Corporación:

"... Aunado a ese testimonio claro, expreso y terminante (sic), con capacidad suficiente para producir certeza en el juzgador, dada la coherencia y la firmeza del mismo, se encuentran dos testimonios que vienen a confirmar lo expresado por Ararat García y es el de Luz Marina Arango, quien vio cuando el procesado y su hermano arrimaron a la casa del occiso, posteriormente oyó los gritos y escuchó que habían matado a Héctor, produciéndose una estrecha relación entre la presencia de los consanguíneos, la muerte de Héctor y la huida de aquellos, **porque Noraiba Tróchez al igual que el primer testigo mencionado, advierte que vio cuando corrían Julio y su hermano...**" (fs. 276. Resalta la Corte). Menos prospera esta censura.

Adviértase, finalmente, que en el aparte de las "Conclusiones" de la demanda de casación, aduce el censor que al desestimar el testimonio de Ararat por lo afirmado por la señora Trochez, sólo queda aceptar los hechos en la forma como fueron narrados por su poderdante Santos Gómez, que por no haber sido apreciados íntegramente, conllevaron a la sentencia condenatoria, dejando de aplicar el numeral tercero del Art. 40 del C. Penal, que a continuación transcribe. Acaso sea ésta la norma sustancial indirectamente violada por el fallador, aunque expresamente no lo diga el impugnante.

Sin embargo, craso desconocimiento en materia de la Teoría del Delito, es lo que se advierte en el censor cuando, a través de la demanda, viene planteando que el comportamiento de Santos Gómez se encuentra justificado ante la injusta y actual agresión de que fue víctima por parte de Castrillón Torres, quien le atacó con machete, viéndose compelido a la utilización del cuchillo que portaba, para repeler aquella. Sus argumentos conducen al reconocimiento de la antiquísima institución de la "Legítima Defensa" que, como causal de justificación, contempla el numeral cuarto del Art. 29 del C. Penal: "... El hecho se justifica cuando se cometa: ... 4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

Confunde el recurrente esta institución penal con otra que, a pesar de tener algún referente común, es lo cierto que presentan grandes rasgos diferenciales, como quiera que la relacionada por el defensor es la conocida causal del "Error de Prohibición", una de cuyas variantes es la "Defen-

sa Putativa", como causal excluyente de culpabilidad, que entre otras cosas, presupone la existencia del elemento antijuridicidad. En la primera, la injusta agresión tiene existencia en el plano fenomenológico y el agredido se ve precisado a responder a ella; en la segunda, se obra con la convicción cerrada e invencible de estar amparado por una causal de justificación; plasmado en la práctica y para el evento de autos, confunde el casacionista el comportamiento de su poderdante, creyendo que es lo mismo que Héctor Fabio hubiese esgrimido machete y agredido injustamente con él a Julio César, con el hecho de que aquel hubiese hecho ademán de extraer arma con la misma finalidad. En fin, que si los cargos se enrutan por la demostración de error de hecho o derecho que llevaron al juzgador a violar indirectamente la ley sustancial, por haber obrado el agente en legítima defensa, la norma a cuya falta de aplicación debe acudirse, es el Art. 29-4 del C. Penal y jamás a la citada por el impugnante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, previo concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia de fecha, origen y naturaleza anotadas.

Cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, (No firmó) *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar: Secretaria.

SANA CRITICA/ VIGENCIA DE LA LEY-Ley 40 de 1993

1. Cuando el disentimiento del demandante con el criterio probatorio del fallador es sólo de convicción sobre la interpretación que debió éste dar a la prueba, no por causa de errores de hecho o de derecho en el examen de esa misma prueba, que en sana crítica puedan derivar hacia la conclusión probatoria que él propone, el asunto deja de ser tema casacional porque a la Corte le está vedado aceptar como causales de desconocimiento de las decisiones de segunda instancia circunstancias distintas a las previstas en la Ley para tal efecto.

2. En verdad el artículo 158 de la C.N. está concebido como mecanismo de regulación de la facción de los proyectos de Ley en el Congreso de la República para lograr, como bien lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia citada por la Procuraduría, "que las distintas disposiciones que se inserten en un proyecto de ley guarden la debida relación o conexidad con el tema general de la misma, o se dirijan a un mismo propósito o finalidad, o como tantas veces se ha dicho, 'que los temas tratados en los proyectos tengan la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen'. Con ello se busca evitar que se introduzcan en los proyectos de ley preceptos que resulten totalmente contrarios, ajenos o extraños a la materia que se trata de regular en el proyecto o a la finalidad buscada por él.".

Estando el dispositivo superior en comentario, destinado a incidir en la formación de la Ley, mas no en ésta como definitivo y sistemático cuerpo ideológico originado en el legislador, que promulgada es la que surte sus efectos, mal puede el casacionista pretender que la publicación de que habla el precepto sea para que estos se produzcan en la comunidad; esa publicación echada de menos es para procurar el objetivo de la correcta facción de la Ley de conformidad con los hitos prealudidos; por ello asiste la razón al Procurador al afirmar que la publicación de la ley que es objeto de reforma parcial debe hacerse en la Gaceta del Congreso, como que conocida así en su integridad por el legislador, le permite proveer a su correcta formación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., junio diez (10) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 10390

Aprobado Acta No.082

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 26 de julio de 1994, en la cual, por confirmación de la de primera instancia, condena a John Alexánder Torres Pabón a la pena principal de cuarenta y dos años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, en calidad de coautor del concurso de delitos de homicidio agravado en la persona de Gerardo Valencia Londoño y tentativa de hurto calificado y agravado en bienes del mismo ofendido y de Rosmira Ardila.

En la misma providencia se condena a John Javier Vargas Gómez, por los mismos hechos punibles y a idénticas penas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La sentencia de segunda instancia, con fidelidad al Proceso, refiere:

"A eso de las 9:30 de la noche del 30 de enero de 1993, el Capitán de la Policía Nacional, Gerardo Valencia Londoño y su novia Rosmira Ardila Suárez salieron del restaurante 'Punto Rojo' de esta ciudad y se dirigieron por la carrera séptima hacia el norte, pero cuando iban entre las calles 23 y 24, fueron interceptados por cinco individuos que pretendieron despojarlos de las chaquetas que vestían, así como de sus demás pertenencias. Estos se dividieron en grupos y separaron a las víctimas, y así fue como tres sujetos se encargaron de doblegar a Gerardo Valencia Londoño, mientras que los dos restantes hacían lo propio con Rosmira. De acuerdo con el testimonio de esta última, los primeros despojaron a Valencia Londoño del revólver que portaba y con el mismo le hicieron varios disparos y, en ese preciso momento intervinieron dos escoltas del Ministro de Hacienda, haciendo uso de sus armas, y luego de un intercambio de disparos, lograron hacer huir a los asaltantes, dejando abandonada el arma de la víctima.

A consecuencia de estos hechos Gerardo Valencia Londoño falleció y la policía logró capturar a John Alexánder Torres Pabón, John Javier Vargas Gómez y a José Uriel Hernández Ruiz, pero este último, por ser menor de edad, fue desvinculado de la presente actuación". (fls. 33-34 cd. Tr.).

Desde el auto de apertura de instrucción fue desvinculado el sujeto menor de edad (fl. 28 cd. ppl.1), esto es, Hernández Ruiz y perfeccionada la investigación, se profirió el 31 de agosto de 1993 resolución acusatoria

contra los dos réstantes, en calidad de coautores de los delitos de homicidio agravado y tentativa de hurto agravado y calificado, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal (cd. Fisc.), que confirmó con algunas modificaciones la calificación impartida en la primera instancia (fls. 166 y 196 cd. ppl. 1), al conocerla en apelación.

Rituada la etapa de la causa, el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá impartió sentencia de condena por los mismos hechos punibles de la acusación contra los dos procesados, imponiéndoles la pena conocida (fls.379-394 cd. ppl. 1), pues el Tribunal Superior del Distrito al desatar la alzada interpuesta por la defensa reiteró esa decisión mediante la sentencia que ha sido recurrida extraordinariamente por el defensor del procesado John Alexánder Torres (fls. 33-40 cd. Tr.).

La Demanda

Cargo Primero. La sentencia es violatoria de manera indirecta de la ley sustancial, artículos 323 y 324 del C.P., por aplicación indebida, a causa de la infracción de los artículos 246, 247, 254, 267, 273, 294, 296 y 360 del C. de P.P., con correlativa falta de aplicación de los artículos 230 de la C.N. y 445 del C. de P. P.

Refiriéndose primeramente a las normas procesales que estima infringidas, el actor asevera que en el Proceso "no existe prueba que demuestre la responsabilidad" de su poderdante como autor del homicidio" juzgado "... de tal manera que lo señale inequívocamente como autor de los disparos".

En las sentencias de las instancias, dice, no hubo "individualización de la responsabilidad", sino que se atribuyó el homicidio en forma genérica a "los atracadores", con fundamento en los testimonios de Rosmira Ardila y los escoltas Jairo Arnol Rincón, José Nolal y Víctor Marco Valencia. A continuación brinda su propio análisis de la prueba para reiterar sus afirmaciones. Comenta que en el cuerpo de la víctima se hallaron proyectiles de dos clases de armas, sin que las providencias precisen el origen de esos disparos; y, como en los acontecimientos investigados intervinieron unos policías para "tratar de impedir el hurto", portando uno, un revolver del mismo calibre del de la víctima y otro una ametralladora, "no puede con certeza afirmarse que uno de los condenados o ambos hayan disparado" contra el occiso.

Luego precisa que el mencionado testigo José Nolal fue "claro, certero y preciso" al afirmar haber visto disparar al herido y también a "una persona que atravesó la séptima", la que se fugó; de lo cual concluye que "es claro que quien portaba arma de fuego disparó contra los agentes y estos dispararon contra él hiriéndolo seguramente, pero no podemos deducir lógicamente que ese desconocido sea uno de los procesados".

Refiere al testimonio de Rosmira Ardila para destacar que ésta, respecto de su procurado contó: "yo sé que era uno de los que tenían a Gerardo pero no recuerdo", y concluye reiterando la inexistencia de prueba directa sobre coparticipación de éste en el delito contra la vida.

A continuación realiza una crítica de la figura jurídica contemplada en el C.P. de 1936 de la complicidad correlativa, que dice, fue aplicada en el Proceso, pese a no existir contra los enjuiciados "prueba directa alguna". Añade que tampoco puede decirse que a la condena "se llegó por vía indiciaria", poniendo en entredicho el hecho indicador de haber resultado positiva la prueba del guantelete en los tres examinados, pues dice, de "ello puede deducirse muchas cosas, menos que hubieran sido todos tres autores de los disparos".

Agrega que los procesados confesaron "ser los autores del delito de hurto", razón por la cual los considera merecedores de crédito y de la consiguiente rebaja punitiva. Al no haberse dado aplicación a la norma que autoriza el otorgamiento del beneficio, se vulneró por falta de aplicación el artículo 299 del C. de P.P.

Aludiendo en conjunto a la confesión y a los testimonios referidos y a otros que no precisa de presenciales, concluye que los cinco individuos, que atacaron al occiso y a su pareja solo tenían la intención de hurtar; y, tras reiterar las demás ya conocidas conclusiones de inocencia, repite que "no puede decirse con certeza que los condenados hayan sido los autores del homicidio, siendo tal el motivo bajo el cual pregona que debió darse aplicación al artículo 445 del C. de P.P. absolviendo por el homicidio a los dos sentenciados".

Finalizando el discurso respecto de esta censura reafirma sus diversas reflexiones y solicita la casación parcial de la sentencia a fin de que los procesados sean absueltos del delito contra la vida y que respecto del delito de hurto se les reconozca la rebaja por confesión, así como para que se les revoque la "condena por daños de orden civil".

Cargo Segundo. Subsidiario. Solicita la casación parcial para que la condenación por el delito contra el patrimonio se mantenga, pero en grado de tentativa, con la referida reducción punitiva por confesión.

La sentencia es violatoria, en forma directa de las normas de derecho sustancial referentes al delito de homicidio contempladas en la Ley 40 de 1993, reformatoria del C.P., esto es, los artículos 29 y 30, porque la publicación de esa ley que ocurrió el 19 de enero de 1993, fecha anterior a la del homicidio juzgado, no se efectuó conforme lo dispone el artículo 158 de la C.N., que dispone que la ley que es objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas, de donde resulta que al haber sido publicadas únicamente la referida ley y no el C.P. en un solo texto incorporando las modificaciones aprobadas, esa publica-

ción se halla afectada de nulidad de carácter constitucional y por tanto la ley en comentario no había cobrado vigencia para la fecha del delito. Al darse aplicación a las normas sustanciales en mención "hubo una violación directa de la ley".

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere la desestimación de los dos cargos que conforman la demanda, pues encuentra que en el primero el casacionista efectúa una inconciliable mixtura de aspectos propios de la violación directa y de la violación indirecta de la ley sustancial; que además, orientado básicamente como está el discurso, por la crítica probatoria, no señala, como era lo debido, si los errores de apreciación que en ese campo atribuye al sentenciador, ni los demuestra, convirtiéndose la exposición en una personal discrepancia con el criterio judicial aplicado al caso, inadmisible en el recurso de casación. Agrega que el reparo es incompleto debido a las precarias argumentaciones con las que se pretende el reconocimiento del beneficio del artículo 299 del C. de P.P. y de la duda tratada en el artículo 445 del mismo estatuto.

En lo atinente al cargo segundo, sostiene el funcionario, que carece de fundamento porque el vicio de forma que pregona la defensa en la publicación de la Ley 40 de 1993, se refiere a la publicación en la Gaceta del Congreso de los proyectos de ley acordados en las respectivas Comisiones y no a la publicación en el Diario Oficial de las leyes aprobadas en Plenarias "a fin de lograr que en el cuerpo de la reforma se incluyan tan sólo aspectos inherentes a una misma materia".

En apoyo de su postura cita pertinente fragmento de la sentencia C-13 del 1 de abril de 1993 de la Corte Constitucional, precisando que el objetivo del artículo 158 constitucional "es lograr la tecnificación del Proceso legislativo".

Así pues considera impertinente la glosa formulada en esta censura y, quedando bajo el imperio de la Ley 40 de 1993 la conducta del implicado.

Finalizando su concepto sugiere la oficiosa y parcial casación del fallo, en cuanto mantuvo la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a los sentenciados erróneamente tasada en el fallo de la primera instancia por lapso superior al autorizado en la ley.

Consideraciones de la Corte

Ninguna de las objeciones que conforman la demanda tiene posibilidad de éxito en esta sede extraordinaria, pues que sus inconsistencias, bien de orden técnico, ora de índole esencial, ciertamente lo impiden.

En efecto, con relación al primer cargo, la argumentación tendiente a demostrar la pregonada violación indirecta por aplicación indebida de los

artículos 323 y 324 del C.P. a causa de la transgresión de diversos preceptos adjetivos con la correlativa falta de aplicación de los artículos 230 de la C.N. y 445 del C. de P.P. radicada en la errada apreciación de los elementos de juicio referentes a la autoría del delito de homicidio en cabeza del poderdante del censor, el discurso, al convertirse en una serie de reflexiones subjetivas sobre la manera como en criterio del profesional debió examinarse la prueba para alcanzar las conclusiones de ausencia de plena prueba de responsabilidad o de ajenidad por las que propugna, termina rebasando el motivo de casación previsto en la causal invocada y sustrayendo el debate de la intervención de la Corte como juez extraordinario.

Es la aceptación graciosa de sus puntos de vista en lo puntual de la prueba allegada al Proceso y específicamente en cuanto se admita la inexistencia de directa sindicación en el homicidio para su cliente porque según dice, la imputación para éste se sostuvo sin prueba concluyente bajo la desueta figura jurídica de la complicidad correlativa, lo que pretende el censor es hacer valer su criterio frente al del juzgador, olvidando que el fallador de las instancias se halla sometido por imperio de la ley reguladora de la prueba, al principio de la crítica racional y que, amparada como arriba a la Corte la sentencia de las instancias por la doble presunción de acierto y legalidad, su remoción sólo puede procurarse con la demostración de los objetivos y trascendentes errores judiciales de evaluación probatoria, que son los únicos susceptibles de enmienda en sede casacional.

Cuando el disentimiento del demandante con el criterio probatorio del fallador es sólo de convicción sobre la interpretación que debió éste dar a la prueba, no por causa de errores de hecho o de derecho en el examen de esa misma prueba, que en sana crítica puedan derivar hacia la conclusión probatoria que él propone, el asunto deja de ser tema casacional por que a la Corte le está vedado aceptar como causales de desconocimiento de las decisiones de segunda instancia circunstancias distintas a las previstas en la Ley para tal efecto.

En el caso materia de estudio el censor discute las inferencias probatorias plasmadas en la sentencia, dando a cada uno de los elementos de juicio que examina la interpretación que favorece su interés, pero sin que ésta surja de yerro jurídico alguno en el juez, esquivando así las juiciosas reflexiones que determinaron el mantenimiento de la imputación a su poderdante del delito contra la vida y excluyendo así a la Corte del juicio que intenta. Es tal, que retoma varios testimonios, un peritaje y un indicio, y los convierte en tema especulativo de su controversia, sin siquiera mencionar qué errores pudo el Tribunal cometer en la apreciación de esos y de los restantes elementos de juicio de soporte de la decisión demandada que justificaran la absolución por falta absoluta de prueba en contra, o por efecto de la duda imposible de eliminar y que la Corte pudiera enmendar.

Pero además, en reclamo del reconocimiento de la rebaja por confesión del delito de hurto, desconoce el estado de flagrancia en que fue sorprendi-

do su patrocinado y limita su discurso a ese pedido, ignorando el deber de fundamentar adecuadamente la acusación, que impone su calidad de demandante.

En definitiva, estructurada la demanda bajo los deficientes parámetros de forma y de fondo que han quedado destacados, hueiga concluir que no prospera el reparo.

La objeción catalogada como cargo segundo de la demanda encuentra su imposibilidad de prosperar en el hecho destacado con suficiente claridad por el Ministerio Público, con cuyas consideraciones se identifica la Sala.

En verdad el artículo 158 de la C.N. está concebido como mecanismo de regulación de la facción de los proyectos de Ley en el Congreso de la República para lograr, como bien lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia citada por la Procuraduría, "que las distintas disposiciones que se insertan en un proyecto de ley guarden la debida relación o conexidad con el tema general de la misma, o se dirijan a un mismo propósito o finalidad, o como tantas veces se ha dicho, 'que los temas tratados en los proyectos tengan la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen'. Con ello se busca evitar que se introduzcan en los proyectos de ley preceptos que resulten totalmente contrarios, ajenos o extraños a la materia que se trata de regular en el proyecto o a la finalidad buscada por él".

Estando el dispositivo superior en comentario, destinado a incidir en la formación de la Ley, mas no en ésta como definitivo y sistemático cuerpo ideológico originado en el legislador, que promulgada es la que surte sus efectos, mal puede el casacionista pretender que la publicación de que habla el precepto sea para que éstos se produzcan en la comunidad; esa publicación echada de menos es para procurar el objetivo de la correcta facción de la Ley de conformidad con los hitos prealudidos; por ello asiste la razón al Procurador al afirmar que la publicación de la ley que es objeto de reforma parcial debe hacerse en la Gaceta del Congreso, como que conocida así en su integridad por el legislador, le permite proveer a su correcta formación.

De frente a esta realidad, la censura por violación directa del mandato constitucional en referencia y de los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993, promulgada antes de la ocurrencia de los hechos, deviene totalmente infundada.

El cargo no prospera.

De la Casación Oficiosa

Procede sí, la casación oficiosa sugerida por el Ministerio Público, porque, en verdad, inexplicablemente y pese a la reiterada advertencia que en ese sentido la Corte ha venido formulando, el Tribunal Superior al co-

nocer por apelación del fallo de segundo grado, incluyó en su confirmación la totalidad de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas para los procesados, por tiempo igual al de la pena de prisión, que es, como se sabe, de 42 años, cuando lo autorizado por el artículo 28 de la Ley 40 de 1993 es de diez (10) años.

Sanción de esta clase, que supere el límite referido, atenta contra el principio de legalidad de la pena, que debe ser restablecido por la Corte oficiosamente en virtud de lo dispuesto en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., como en efecto así se hará.

Se rebajará por tanto, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a los sentenciados John Javier Vargas Gómez y John Alexánder Torres Pabón, a diez (10) años, haber sido ambos declarados coautores del concurso de delitos de homicidio agravado en la persona de Gerardo Valencia Londoño y tentativa de hurto calificado y agravado, en virtud del artículo 243 del C. de P.P., así el primero de los nombrados no sea recurrente extraordinario.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal , oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. *Desestimar la Demanda.*

2. *Casar Oficiosa y parcialmente* la sentencia recurrida, en el sentido de reducir a diez (10) años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que les fuera impuesta por haber sido declarados penalmente responsables del concurso de delitos de homicidio agravado en la persona de Gerardo Valencia Londoño y tentativa de hurto calificado y agravado. En lo restante, sin modificaciones el fallo. En firme, *Devuélvase* el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Javier Rico Carvajal, (Conjuez), (No Firmó), *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.* (No Firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IRA E INTENSO DOLOR-Error frente a la atenuante

La jurisprudencia colombiana sobre el artículo 28 ha tratado muchas veces la provocación objetiva o real, que consiste, según ella, en 'irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje', pero no se había pronunciado aún, como lo hace ahora, respecto de la provocación subjetiva, que, como está expuesto, no debe dejar de reconocerse ya que las normas rectoras de la culpabilidad no sólo no lo impiden sino que permiten aceptarla".

En efecto, si de conformidad con el artículo 40.3 del Código Penal, la realización del hecho con la convicción errada e invencible de que se está amparado por una causal de justificación, sirve como base para aceptar el tipo permisivo que da lugar a la legítima defensa excluyente del juicio de responsabilidad, con igual razón y lógica jurídica debe sostenerse como condición fundamentadora válida para disminuir la reprochabilidad de la conducta.

Sin embargo, lo que verdaderamente importa precisar, es que no cualquier error posibilita aceptar la atenuante. A este propósito es determinante analizar la subjetividad del agente, es decir, lo que se representa condicionado por sus circunstancias personales, debiendo obrar prueba suficiente que permita reconocer la existencia de un motivo o causa objetiva que conduce a deformar el conocimiento de la realidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 10192

Aprobado Acta No.82

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador Judicial 166 ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, contra la sentencia de esa Corporación que confirmó, con algunas modifi-

caciones, la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué (Casanare), que condenó a José Eudaldo Albarracín Silva por el delito de homicidio.

HECHOS

Sucedieron al finalizar la mañana del día 4 de abril de 1993 en el corregimiento Bocas del Pauto, del municipio de Trinidad (Casanare), cuando José Eudaldo Albarracín Silva penetró al almacén de propiedad de Jorge García Riveros, de quien era empleado y después de increparle el haber tomado parte en la muerte de un hermano suyo, le disparó haciendo blanco en la región frontal a la altura de la ceja derecha, produciéndole laceración encefálica determinante de su muerte inmediata.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la diligencia de levantamiento del cadáver practicada por el Corregidor Departamental de Casanare (fl.3) y la denuncia que por estos hechos presentó Juliana Teresa Sanabria Torres (fl.5), donde diera cuenta de que el inculpado habría penetrado al establecimiento de su esposo disparándole al tiempo que le decía "por haberlo mandado a matar o porque lo mandó a matar", el Fiscal 16 Seccional de Orocué, mediante resolución del 6 de abril de 1993, ordenó la apertura investigativa (fl.9).

Una vez aprehendido por las autoridades del DAS, fue escuchado en indagatoria José Eudaldo Albarracín Silva. En desarrollo de esta diligencia, reconoció en principio, haber disparado en contra de García Riveros "con ira", en razón de saberlo comprometido en la muerte de su hermano Alvaro Albarracín, no obstante aducir luego, haber obrado de esta manera "cuando él intentó sacar el revólver de la cómoda que tenía" (fl.15).

Por el delito de homicidio voluntario, mediante resolución del 12 de abril de 1993, le fue resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fl.18).

Escuchado el testimonio de Jairo Carmona, amigo del José Eudaldo Albarracín, refirió que minutos antes de los hechos se encontró con éste pudiendo notar el estado de nervios que lo dominaba, precisando de otra parte, que algunos días antes del secuestro del hermano de aquél, Alberto Albarracín, éste le confió haberse enterado que García Riveros lo "había mandado matar", además que a raíz de ello "por comentarios ya generalizados de la gente dicen que el señor José Albarracín lo hizo en benganza (sic) del hermano" (fl. 46).

Carlos Olmedo Coba, a la sazón empleado del establecimiento comercial del interfecto, declaró que en la mañana de los sucesos, José Eudaldo Albarracín penetró al lugar muy rápidamente y al tiempo que le decía a

Jorge García Riveros "por usted mataron a mi hermano", le hizo varios disparos (fl. 53).

A su turno, expresó bajo juramento José Eduardo Cortés, que al contrario de otros días, en el de autos, su amigo y tocayo José Eudaldo no quiso responderle al saludo y por el contrario, precisó: "me dijo no me joda y me retiró con la mano y dijo algo así como voy a joder pero no supe a quién venía como disgustado...", escuchando enseguida los disparos (fl.68).

Aunada a la anterior nueva prueba testimonial y recibida ampliación de indagatoria al procesado (fl. 81), dentro de la cual ahondó en las razones que dice tuvo para vincular a García Riveros con la muerte de su hermano, y allegada la respectiva acta de necropsia (fl.83), la investigación fue clausurada, calificándose su mérito el 19 de agosto de 1993 mediante resolución acusatoria por el delito de homicidio (fl.112).

Tramitada la etapa del juicio y celebrada la audiencia pública, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué dictó sentencia negando la atenuante consagrada en el art. 60 del Código Penal, pero reconociendo la rebaja punitiva por confesión, para imponer como pena principal 198 meses y 6 días de prisión. Apelada esta decisión por el procesado y su defensor el Tribunal reconoció con base en el error la ira putativa, procediendo en consecuencia a rebajar la pena privativa de la libertad para fijarla en 66 meses y 20 días.

DEMANDA

En un único cargo y sin especificar con la nomenclatura que corresponde la causal en que se apoya, el Procurador Judicial Penal 166 ataca la sentencia del Tribunal por violación indirecta de los artículos 60 y 40.3 del Código Penal, por haber pretermitido "los medios probatorios" necesarios para reconocer la diminuente declarada en el fallo, bajo "la creencia de que el sindicado obró ante un estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta conducta de un tercero, que en este caso era Hipotéticamente el señor Jorge García".

El error de hecho demandado lo hace consistir el censor en un "falso juicio de existencia", ya que si se revisa el Proceso no es posible encontrar entre las más de "doce declaraciones recibidas", salvo lo expuesto de manera "parcial y poco convincente" por el testigo Jairo Carmona, prueba contundente que induzca a creer con justificado criterio, "que Jorge García Riveros haya sido el autor del Intenso dolor (sic), experimentado por José Eudaldo Albarracín Silva, al haber encontrado muerto a su hermano y en estado de descomposición", máxime cuando la justicia no adelantó ninguna averiguación tendiente a establecer las circunstancias en que se produjo la muerte de Alvaro Albarracín.

Refiere además, que el testigo citado por el propio Albarracín, Daniel Pérez García, niega haberle comentado a éste que García habría contratado a algunas personas para darle muerte a su hermano, lo cual explicaría la razón por la cual el *a quo* negó la legítima defensa y la ira, al no encontrar relación de causalidad "entre el intenso dolor y la ira que este hecho podía producir y la víctima o sea don Jorge García".

Concretamente sobre las razones que sirvieran de fundamento al Tribunal para reconocer la ira a pesar de no establecerse la participación de García Riveros en la muerte de Alvaro Albarracín, esto es en que fundada y razonablemente el procesado se formó dicho convencimiento, replica el actor confusamente que esta aceptación de la atenuante, se justificó para el Tribunal por el supuesto conocimiento que José Albarracín tenía del compromiso de aquél en la muerte de su consanguíneo, lo que entiende configura un error de hecho ya que esto se da por sentado "sin los elementos de juicio suficientes".

"En otras palabras –agrega–, hay Violación Indirecta de la norma cuando se da por sentado un hecho, sin tener el suficiente respaldo. Es decir, se está frente a un error de hecho respecto de una prueba que se creyó fundamental para proferir la sentencia. Se partió de un falso juicio sobre la existencia de la justificación de la ira y el intenso dolor. Se sentenció con una prueba imaginaria, respecto del factor justificación de la ira y la relación de causalidad entre el dolor experimentado por José Eudaldo y la participación de Jorge García en la muerte de Alvaro Albarracín" (fl. 45 C.T.).

Adiciona a la anterior alegación, el hecho de que el propio procesado en su primera versión no adujera haber actuado en estado de ira, sino de legítima defensa putativa; así mismo, que en el informe policivo obra cómo Albarracín manifestó a la autoridad que obró en venganza por la muerte de su hermano, lo que igual refiriera en su exposición Jairo Carmona.

Considera así el actor, que el Tribunal incurrió en "juicios falsos sobre la existencia de la prueba, sobre la justificación de la ira", lo que derivó en la violación del art. 60 del Código Penal al conceder la diminuente y el 40 *idem*, al aceptar que "la ira se cometió por error".

Finalmente, admite el demandante como posible que el procesado hubiera actuado en estado de ira, pero no encuentra demostrado el nexo de causalidad entre esta condición y la muerte de García, pues no existe ningún medio probatorio en el expediente que comprometa a este último con la muerte de Alvaro. Tampoco, en su criterio, tenía el procesado "los elementos de prueba necesarios y contundentes" para creer que García lo hubiese agredido injustamente.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo impugnado por haber incurrido el fallador de segunda instancia en violación indirecta de la ley sustancial.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

La demanda es antitécnica, en criterio del Procurador Delegado, ya que plantea la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia, pero no precisa si es por omisión o suposición de prueba; a la postre lo que desarrolla es un típico falso juicio de convicción, como se desprende de las múltiples transcripciones que de ella hace y que en su concepto demuestran que todo se reduce a un diverso criterio valorativo de las pruebas que enfrenta al del Tribunal, siendo ello suficiente para solicitar a la Sala no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

Impugna la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el Procurador Judicial 166 ante esta Corporación, por violación indirecta de la ley sustancial, acusando, en un comienzo, la presencia de errores de hecho por falso juicio de existencia, en razón de haberse pretermitido algunos medios probatorios.

No obstante la formulación del cargo bajo este supuesto, en ningún momento el actor cumple con el imperativo de discriminar las pruebas cuyo material contenido habría desconocido el fallador y mucho menos, desde luego, demuestra la trascendencia que las mismas habrían podido tener para modificar la sentencia.

El global e impreciso señalamiento que al respecto hace de la prueba testimonial allegada a la investigación, impide a la Sala reconocer cuáles son los medios probatorios concretos sobre los cuales recae la censura, como que al efecto se aducen la totalidad de elementos probatorios "establecidos en el C. de P.P.", dedicándose el demandante a controvertir la decisión del Tribunal Superior de conceder a José Eudaldo Albarracín Silva la diminuente punitiva consagrada en el art. 60 del Código Penal, mediante un alegato libre sin atinencia alguna a la vía de ataque escogida.

Así, afirmaciones tales cómo que "existen más de doce declaraciones recibidas", de las cuales sólo una respalda al procesado en su dicho, pero es "parcial y poco convincente"; o que "la muerte de Alvaro Albarracín" no fue investigada; o que los testigos por él citados nada aportan en cuanto a la existencia del presunto agravio de García Riveros hacia el procesado; o que el deponente Daniel Pérez García desmintió a José Eudaldo Albarracín, como conocedor de la participación del mismo García en la muerte de su consanguíneo, son todas ellas deshilvanadas apreciaciones vistas desde su personal óptica que, como ya se advirtiera, resultan ausentes de la debida demostración frente a la hipótesis casacional esgrimida.

Es más, tal resulta la confusión argumentativa del actor, que al pretender desestimar la existencia de la atenuación punitiva, acude a explicaciones relacionadas con la posible exteriorización del ánimo vindicativo

del procesado hacia el occiso, o el hecho de haber aducido en su indagatoria una legítima defensa subjetiva, abandonando la concurrencia de la ira, para finalmente no descartar, en contravía de su inicial postura, que "el sindicado haya padecido un intenso dolor capaz de producir en su comportamiento la emoción insuperable de la ira", pero cuestionando entonces el nexo causal entre ésta y la muerte de Jorge García.

De otra parte, la aseveración según la cual el falso juicio es predicable respecto de la existencia misma de la ira, no hace otra cosa que aumentar la confusión del escrito, pues bien sabido es que los yerros de existencia, por suposición u omisión, recaen de manera inmediata sobre los medios probatorios, sin que puedan reputarse de modo directo, como lo hace el actor, sobre la propia atenuante punitiva.

Y si a lo anterior se agrega que para el actor los elementos integrantes de esta atenuante se establecieron en el presente caso con base en una prueba que denomina "imaginaria", expresión que entonces sugeriría la presencia de un error de hecho por suposición probatoria, tampoco se logra con este nuevo giro de la censura ninguna mejoría, en la medida en que aparece por completo huérfano de sustento y desarrollo.

A su turno, sostener como vulnerados los artículos 60 y 10.3 del Código Penal sin explicación alguna conlleva una proposición antagónica, pues el primero de ellos consagra una circunstancia personal atenuante de la pena, en tanto que el segundo regula una causal excluyente de la culpabilidad. Es decir, que mientras aquél supone una sentencia condenatoria atenuada, éste trae como consecuencia jurídica la absolución.

No obstante, si bien el equívoco del censor a este respecto puede explicarse en el hecho de que para el Tribunal, independientemente de que haya o no existido por parte de García Riveros un comportamiento con las características de gravedad e injusticia exigidas por la ley, "aun por error y en forma putativa", resulta procedente el reconocimiento de la atenuante, habida cuenta de que "fundada y razonablemente el procesado se formó ese convencimiento de comportamiento ajeno grave e injusto", de este planteamiento no puede colegirse, como es claro, que se haya reconocido la causal de inculpabilidad consagrada en el art. 40 referido, por el contrasentido jurídico ya destacado.

Bien puede entonces afirmarse que si de cuestionar el contenido y alcance que el Tribunal diera al precepto regulador de la ira atenuante, en últimas se trataba, el actor habría equivocado la vía escogida, como quiera los vicios referentes a la labor hermenéutica de las normas que traen como consecuencia su aplicación a un caso, son censurables por la causal primera, cuerpo primero de casación, es decir, por violación directa de la ley y no la indirecta que se ha postulado.

Pese a destacarse en sus particularidades y en su conjunto, los desaciertos técnicos que se observan en el escrito de demanda y que se valen

por sí mismos para que el cargo propuesto deba desecharse, entiende la Sala necesario hacer claridad sobre el tema puntual que respecto de la sentencia impugnada cuestiona como de evidente ilegalidad el Ministerio Público, relacionado con la posibilidad de reconocer la atenuante de la ira e intenso dolor del artículo 60 del Código Penal, con base en error sobre algunos de sus elementos estructurales. En efecto:

Importa *ab initio* destacar, que el error recaído en los elementos que dan lugar a un tipo privilegiado, v. g., la atenuante por la ira e intenso dolor, ha sido plenamente aceptado por un sector de la doctrina extranjera y por la nacional de manera prácticamente unánime.

Basta con recordar cómo, ya en su "Programa de Derecho Criminal" Francesco Carrara dedicara especial acápite a dicho tema –que es objeto de mención en la cita jurisprudencial referida adelante– hasta las obras de más reciente aparición sobre la materia, aun cuando ya no sustentados en el mismo fundamento justificador de su pensamiento clásico, sino recogiendo los nuevos contenidos y alcances dogmáticos de la culpabilidad.

Así mismo, que desde antaño la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado sobre el particular, en decisión que merece recordarse, si se tiene en cuenta que los aspectos teóricos y jurídico-sustanciales que le sirvieran de fundamento, no obstante haberse emitido en vigencia del Código Penal de 1936, conservan validez en la hora actual. En efecto, con ponencia del Magistrado Luis Carlos Pérez en casación del 8 de junio de 1972, dijo la Corte:

"El concepto de provocación tiene en rigor el sentido de conducta inadecuada y deliberada para suscitar protestas o inconformidad en una persona determinada, esto es, que en ese acto se ha venido reconociendo tanto la voluntad de producirlo como el ánimo mortificante. De este modo, la provocación debe ser realmente ocurrida y efectivamente injusta. Pero pueden presentarse situaciones en las que, sin proponérselo el agente, afecta a otro que, a su turno, se siente agraviado injustamente y reacciona como si el estímulo se le hubiera dirigido de manera expresa. Trátase de hipótesis en las que sin existir la provocación objetiva, pueden generar estados de ira con virtualidad jurídica atenuante. Son casos en que lo putativo equivale a lo real, es decir, en que lo pensado o supuesto se valora como si hubiera ocurrido. Y si aquel juicio equivocado es base de la defensa putativa inculpable por error de hecho, según el artículo 23 del Código Penal, también puede serlo de la atenuante descrita en el artículo 28. Nuestra ley no impide favorecer con este instituto a quien reacciona con ira por errónea suposición del hecho ajeno, de su naturaleza provocadora o de su injusticia, o de todos estos factores unidos. Con todo, es preciso que el supuestamente provocado haya procedido con explicable error en la interpretación de la realidad.

Desde el punto de vista doctrinario esta posición jurídica, que amplía el elemento básico de la atenuante, encuentra respaldo, entre otros, en

Carrara, quien situó la provocación no dirigida en el campo de las razonables apreciaciones del acusado, así: 'Es constante el principio de que al hombre no se le pueden poner a cargo los errores del intelecto, si no es (en los casos congruentes) en razón de culpa. Pero cuando el error ha inducido al hombre a la conciencia de no delinquir o de delinquir menos, su dolo se debe juzgar según el estado de su intelecto y no según la verdad de las cosas, ignorada por él en el momento de la acción. Esto lleva a la regla de que, tanto en la coacción como en la provocación y en el justo dolor, no debe buscarse la justicia de la ira o del temor en la verdad de los casos cual se ha revelado a la fría investigación del Juez, sino a la razonable opinión del acusado. Si (a modo de ejemplo) alguno apaleó a un hombre que encontró de noche en su casa, porque lo creyó un amante de su mujer, siendo que era el amante de la sirvienta, *in rei veritate*, y dolor y su enojo fueron injustos. Pero, sin embargo, sería injusto negarle la excusa cuando él tuvo causa razonable para engañarse en su falsa credulidad' (Prógrama del Curso de Derecho Criminal, número 331).

La restricción de la atenuante del artículo 28 (art. 60 vigente) sólo a los casos de provocación real tiene su origen en los intérpretes del Código Penal Italiano de 1930, que rechazan expresamente el aspecto putativo o erróneo de la misma, y lo hacen en virtud de lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 59 de dicho cuerpo legal, que dispone: 'Si el agente considera por error que existen circunstancias agravantes o atenuantes, éstas no son valoradas contra o a favor de él'. Pero mientras existió el Código de 1890 en Italia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país admitió permanentemente la provocación putativa cuando la reacción del provocado no era culposa ni estaba fundada en apreciaciones irrazonables.

La jurisprudencia colombiana sobre el artículo 28 ha tratado muchas veces la provocación objetiva o real, que consiste, según ella, en 'irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje', pero no se había pronunciado aún, como lo hace ahora, respecto de la provocación subjetiva, que, como está expuesto, no debe dejar de reconocerse ya que las normas rectoras de la culpabilidad no sólo no lo impiden sino que permiten aceptarla".

En efecto, si de conformidad con el artículo 40.3 del Código Penal, la realización del hecho con la convicción errada e invencible de que se está amparado por una causal de justificación, sirve como base para aceptar el tipo permisivo que da lugar a la legítima defensa excluyente del juicio de responsabilidad, con igual razón y lógica jurídica debe sostenerse como condición fundamentadora válida para disminuir la reprochabilidad de la conducta.

Sin embargo, lo que verdaderamente importa precisar, es que no cualquier error posibilita aceptar la atenuante. A este propósito es determinante analizar la subjetividad del agente, es decir, lo que se representa

condicionado por sus circunstancias personales, debiendo obrar prueba suficiente que permita reconocer la existencia de un motivo o causa objetiva que conduce a deformar el conocimiento de la realidad.

Es clara, entonces, la exigencia de este elemento objetivo-racional. Por un lado, permite aceptar que en un caso concreto, el hecho ha de ser juzgado con arreglo a la situación supuesta por el agente y no conforme a la situación real. Es decir, que no se puede analizar la conducta desde la perspectiva de un observador imparcial, sino atendiendo a la razón del sujeto; por el otro, impone al juzgador la necesidad de verificar el fundamento objetivo en que se soporta la aprehensión fallida de la realidad.

En el caso concreto, como debe recordarse, resulta claro en primer lugar, que Alvaro Albarracín Silva, hermano del procesado, le habría comentado a éste, al igual que lo hiciera a su amigo Jairo Carmona, que temía por su vida, conocidas como le eran las intenciones homicidas de Jorge García Riveros.

Con posterioridad a dicha macabra revelación, Alvaro fue desaparecido, siendo su cuerpo encontrado algunos días después enterrado y en gran parte devorado por las aves. Informado del deprimente hallazgo, José Eudaldo se dedicó a la ingesta alcohólica, y al día siguiente, el 4 de abril de 1993, se hizo presente en la diligencia de levantamiento del cadáver, para posteriormente darle sepultura, dirigiéndose de inmediato al almacén de propiedad de su patrón para dispararle, al tiempo que le reprochaba el haber tomado parte en la muerte de su consaguíneo.

Para el sentenciador ad quem, es irrebatible que si bien dentro del Proceso no obra prueba que conduzca a la certeza en cuanto al hecho de qué en verdad, Jorge García Riveros efectivamente hubiera participado a cualquier título en la muerte de Alvaro Albarracín, esta circunstancia no impide aceptar como creíbles las afirmaciones del propio inculpado en torno al convencimiento que tenía de ser esto cierto, máxime cuando el Proceso contaba con el testimonio de Jairo Carmona, que lo respalda.

En efecto, el Tribunal se expresa en la sentencia, así:

"Pero así no hubiera sido cierta esa participación de García en el crimen, aún por error y en forma putativa es viable el reconocimiento de la ira o del intenso dolor, si se tiene en cuenta que fundada y razonablemente el acusado se formó ese convencimiento de comportamiento ajeno, grave e injusto de parte del hoy occiso hacia el también interfecto Alvaro Albarracín" (fl. 20 C.T.).

Ahora bien, conocidos dentro del Proceso los problemas de vecindad existentes entre Alvaro Albarracín y Jorge García, así como la información suministrada directamente al procesado por su hermano sobre las amenazas que a su vida hiciera aquél y que fuera reiterada por el testigo Jairo

Carmona, y habida cuenta de la alteración emocional que tenía José Eudaldo Albarracín, motivada entre otras razones por las circunstancias que estaba viviendo frente a la muerte de su familiar, según diera cuenta José Eduardo Cortés, cabe afirmar que obró persuadido de que la muerte de aquél debía atribuirse a García Riveros, lo que además encuentra elocuente comprobación con las expresiones inequívocas de José Eudaldo al momento de disparar: "por haberlo mandado a matar", según refiriera la propia esposa del interfecto.

Sopesada la situación concreta que condujo al procesado a disparar contra García Riveros y debiéndose considerar probadas las motivaciones que lo determinaron a obrar de esa manera, como que para él tenían fundamento en un conocimiento real, procedía, como en efecto lo estimó el Tribunal, atenuar la condena privativa de la libertad, de conformidad con el art. 60 del Estatuto Punitivo.

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

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Córdoba Poveda. Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla , (No Firmó), *Juan Manuel Torres Fresneda,*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Libertad Provisional/
COMPETENCIA

La Corte ha sostenido reiteradamente que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de redención de pena en la forma legalmente prevista, y de libertad provisional con fundamento en las previsiones del numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, toda vez que en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", es decir, el instructor, el juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

La Constitución y la ley determinan la competencia de cada servidor judicial, y entre las funciones encomendadas a la Corte, en casación, no está la de atender peticiones de la naturaleza indicada, que además requiere el análisis de las pruebas de responsabilidad legalmente producidas en el Proceso, competencia que la Sala sólo tiene en los casos de única instancia y, en el recurso extraordinario de casación de que se trata actualmente, al momento de revisar el fallo impugnado, pero no a través de un pedimento como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido Proceso.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 11554

Aprobado Acta No. 83

ASUNTO

El procesado Luis Enrique Rodríguez Hernández, reclama de la Corte le sea concedida "casa por cárcel", con el propósito que su familia le ayude a movilizarse para seguir tratamiento médico sobre los quebrantos de salud que padece, que por las condiciones de interno en la Penitenciaría Nacional de Colombia se dificulta atender.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En lenguaje jurídico procesal no existe la figura de la "casa por cárcel" a que se refiere Rodríguez Hernández. Tal parece que lo que pretende obtener es la detención domiciliaria, que de conformidad con lo previsto por el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal sólo procede como medida de aseguramiento sustitutiva de la detención preventiva, en los casos en que al procesado se le sindique de un delito cuya pena privativa de la libertad sea, en su mínimo, cinco años de prisión o menos, siempre que el funcionario judicial considere que por sus características familiares, laborales y de vínculo con la comunidad, no coloca a ésta en peligro y comparecerá al Proceso cuando se le solicite.

Frente a este tema de la detención domiciliaria, sin pasar por alto que en este caso el implicado ha sido condenado en las instancias a pena de 25 años de prisión, que es la mínima prevista por el artículo 29 de la ley 40 de 1993 para el delito de homicidio simple por el cual responde, la cual excede el tope antes mencionado, la Corte ha sostenido reiteradamente que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de redención de pena en la forma legalmente prevista, y de libertad provisional con fundamento en las previsiones del numeral 2° del artículo 55 de la ley 81 de 1993, toda vez que en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", es decir, el instructor, el juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

La Constitución y la ley determinan la competencia de cada servidor judicial, y entre las funciones encomendadas a la Corte, en casación, no está la de atender peticiones de la naturaleza indicada, que además requiere el análisis de las pruebas de responsabilidad legalmente producidas en el Proceso, competencia que la Sala sólo tiene en los casos de única instancia y, en el recurso extraordinario de casación de que se trata actualmente, al momento de revisar el fallo impugnado, pero no a través de un pedimento como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido Proceso.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de la sustitución de medida de aseguramiento insinuada por el peticionario.

De otra parte, como el procesado recuerda que requiere algunos medicamentos y "tratamiento psiquiátrico", copia de su escrito y de esta providencia será enviada a la Dirección de la Penitenciaría Nacional de Colombia, para el adecuado cumplimiento de los fines que a las autoridades carcelarias corresponde atender, en el debido cuidado de la salud y la dignidad de los internos.

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

RESUELVE:

1° *Abstenerse* de emitir pronunciamiento sobre la detención domiciliaria, que se desprende de lo pedido por el acusado Luis Enrique Rodríguez Hernández, por las razones indicadas en precedencia.

2° *Ordenar* que la Secretaría de la Sala envíe copia de la petición presentada por Rodríguez Hernández y de esta providencia a la Dirección de la Penitenciaría Nacional de Colombia, para lo de su cargo, de acuerdo con lo referido en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla , Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL-Sanción finalmente impuesta

Cuando el artículo 72 A del Código Penal alude a que el juez concederá la libertad condicional, camino que de ser viable permite la excarcelación, al condenado a pena privativa de la libertad mayor de 3 años, es claro que se refiere a la sanción punitiva finalmente impuesta, luego de definidos factores referentes a circunstancias de agravación y atenuación (genéricas y específicas), diminuente de la ira, rebaja por confesión, terminación anticipada del Proceso, colaboración con la justicia, etc., y no como parece entenderlo el defensor a aquella estimación de la cual se deducen "beneficios por sentencia anticipada", en tanto esa no es la pena fijada por el juez, ni tampoco la que le corresponde descontar al procesado, que como ya se dijo, no es otra que la realmente fijada.

Cuando el artículo 72 del Código Penal alude a la personalidad, impone un pronóstico valorativo sobre el modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, estudio que también comprende la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana expresiva de la personalidad a esclarecer.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de Junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 13902

Aprobado Acta No. 83

ASUNTO

El defensor de la procesada María Luisa Peña Vargas pide en favor de su representada, que la Corte le otorgue "Libertad Condicional", por cuanto cumple los requisitos previstos en los artículos 72 y 72 A del Código Penal: el primero, porque alcanzó las dos terceras partes de la pena, debe atender las necesidades básicas de su familia y la Reclusión Nacional de Mujeres de Cali efectuó evaluación satisfactoria sobre su conducta y las actividades allí realizadas; y lo segundo, "por cuanto fue conde-

nada a 42 meses de prisión y obtuvo beneficios por sentencia anticipada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado 4° Penal del Circuito de Palmira (Valle), en sentencia anticipada de 24 de abril de 1997, condenó a la señora Peña Vargas a la pena de 28 meses de prisión por concurso de delitos de hurto agravado y falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Cali, en fallo de 4 de julio siguiente, providencia que es objeto del recurso de casación interpuesto por su defensor.

No obstante que el apoderado de la implicada habla de "Libertad Condicional", a pesar de la aclaración que hizo la Corte en auto de 5 de mayo del año en curso, debe entenderse que solicita excarcelación porque la sentencia no ha adquirido firmeza por estar recurrida en casación. La solicitud entonces ha de ser examinada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, esto es, siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos en los artículos 72 o 72 A del Código Penal, disposiciones invocadas de manera simultánea en este caso.

En relación con la libertad privilegiada a que se refiere el artículo 1° de la Ley 415 de 1997 (72 A del Código Penal), quedó definido por la Sala, en el proveído de fecha 5 de mayo, que tal precepto deviene improcedente en el caso estudiado, toda vez que si bien los delitos atribuidos a la señora Peña Vargas (hurto agravado y falsedad documental), no están excluidos del referido derecho, y cumple las tres quintas partes de la condena, el estudio no puede hacerse por esta vía, en consideración a que el inciso 2° del comentado precepto señala que tal derecho se concederá "al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años", presupuesto que no se da en su caso pues, como quedó visto, en los fallos de instancia le fue impuesta pena de sólo 28 meses.

Cuando el artículo 72 A del Código Penal alude a que el juez concederá la libertad condicional, camino que de ser viable permite la excarcelación, al condenado a pena privativa de la libertad mayor de 3 años, es claro que se refiere a la sanción punitiva finalmente impuesta, luego de definidos factores referentes a circunstancias de agravación y atenuación (genéricas y específicas), diminuente de la ira, rebaja por confesión, terminación anticipada del Proceso, colaboración con la justicia, etc., y no como parece entenderlo el defensor a aquella estimación de la cual se deducen "beneficios por sentencia anticipada", en tanto esa no es la pena fijada por el juez, ni tampoco la que le corresponde descontar al procesado, que como ya se dijo, no es otra que la realmente fijada.

La tesis ensayada por el defensor, de admitirse en forma hipotética, conduciría a situación ambigua para los intereses de su representada,

pues según plantea "fue condenada a 42 meses" y sobre esta estimación es que debe estudiarse la libertad a que se refiere el artículo 72 A, cuando como quedó visto, en los fallos de instancia la pena impuesta fue de 28 meses y no de 42, resultando un contrasentido no querido, ni fomentado por la ley, que a la hora de resolver sobre subrogados penales, y por esta vía la excarcelación, se tenga en cuenta la estimación punitiva a que se llegó antes de deducir la rebaja por sentencia anticipada, pero que en tratándose de descontar la pena sí opere la realmente fijada por el juez.

En lo que tiene que ver con la excarcelación apoyada en la causal segunda del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, esto es cuando se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, se tiene lo siguiente:

La señora Peña Vargas se encuentra detenida desde el 28 de noviembre de 1996, de manera que hasta el momento cumple en detención 18 meses y 15 días, que ha sido domiciliaria desde el 26 de febrero de 1997 cuando se hiciera efectiva providencia dictada por la Fiscalía en segunda instancia (f. 95 cd. 2); por trabajo acredita 307 horas que de conformidad con lo previsto por el artículo 82 del Código Penitenciario y Carcelario le dan derecho a una redención de 19 días, factores que sumados arrojan un total de 19 meses y 4 días, superiores en esta ocasión, a las dos terceras partes de la condena, equivalente, en su caso a 18 meses y 20 días, con lo cual satisface las exigencias objetivas establecidas en el artículo 72 del Código Penal.

Los que no aparecen cumplidos son los requisitos de naturaleza subjetiva a que hace mención la norma acabada de citar, pues para el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional ha de repercutir en la excarcelación del implicado, es indispensable que la personalidad y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Cuando el artículo 72 del Código Penal alude a la personalidad, impone un pronóstico valorativo sobre el modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, estudio que también comprende la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana expresiva de la personalidad a esclarecer.

En este caso, de acuerdo con los fallos de instancia, la señora Luisa María Luisa Peña Vargas, en acta para sentencia anticipada (27 de febrero de 1997 –fs. 77 a 79 cd. 2–), aceptó participación criminal aprovechando su condición de auxiliar comercial y cajera número 4 del Banco de Colombia, oficina de Florida (Valle), en pluralidad de comportamientos que alcanzaron defraudación por la suma de $83.790.176, sustrayendo cheques pertenecientes a la cuenta corriente de los Ingenios Incauca y Central Castilla que ya habían sido cancelados, pero antes de ser inhabilitados por la entidad crediticia, se volvían a consignar en otras cuentas con el

consecuente desmedro patrimonial del Banco, títulos valores que luego fueron sustraídos de sus archivos.

Comportamientos como los aquí tratados, denotan un audaz y habilidoso propósito de incremento patrimonial fácil, sin parar mientes en la confianza depositada por la entidad que le brindó un digno medio de subsistencia a través de la relación de trabajo, aliándose con otros para atentar sofisticadamente contra diversos bienes jurídicos, los cuales no son restaurados, procurando a todo trance ocultar los efectos utilizados en la ilicitud, son aspectos que en principio indican a la Corte que, para los fines de readaptación social, la incriminada debe cumplir en su integridad con la pena impuesta, por el diagnóstico negativo sobre su personalidad que emerge de tales comportamientos avieso.

No resulta suficiente, como lo sugiere su defensor, que en el corto tiempo que estuvo en detención en la Reclusión de Mujeres de Cali, pues ésta es domiciliaria desde que le fue concedida en segunda instancia por la correspondiente Unidad de Fiscalía, se hubiera efectuado evaluación satisfactoria sobre el escaso tiempo de trabajo, factores importantes pero que tan sólo hacen parte de la valoración integral que debe efectuarse, la cual en este caso subjetivamente amerita que la señora Peña Vargas siga cumpliendo la pena impuesta en los fallos de instancia.

Que la implicada es cabeza de familia y que por lo mismo debe atender las necesidades tanto económicas como afectivas de sus padres y de sus hijos menores, con quienes se encuentra, no es motivo legal que habilite por sí la excarcelación reclamada por su defensor, aspectos que debió ponderar antes de quebrantar la ley a través de comportamientos que, dada su naturaleza, su forma de ejecución y su trascendencia social, no han conducido en su específica situación al pronóstico de readaptación social exigido por el artículo 72 del Código Penal.

Se negará la liberación provisional pedida.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Negar a la procesada María Luisa Peña Vargas la libertad provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ TRAFICO DE MONEDA FALSA

Ni el lugar de preparación de los hechos, ni el escogido para introducir en el torrente comercial el dinero espurio, válidamente pueden oponerse como factor de competencia territorial al escenario donde en forma apodíctica ocurre la conjugación de otro verbo rector alternativo de la conducta abstractamente descrita en el artículo 208 del Código Penal, el cual por su revelación ante los miembros del Cuerpo Técnico de la Fiscalía permitió la captura de los aliados para el concierto delincuencial del tráfico de moneda falsa. Es decir, de acuerdo con las comprobaciones que han impulsado el Proceso hasta el profertimiento de la resolución de acusación, no cabe hesitación alguna de que la flagrancia mostró la realización del tipo penal contra la fe pública en esta ciudad capital.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y ocho. (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 14310

Aprobado Acta No. 83

VISTOS

Decide la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado 33 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C. y su homólogo el 5° de Ibagué, dentro del Proceso por el delito de tráfico de moneda falsificada en concurso con el de concierto para delinquir adelantado en contra de Consuelo Montero de Arias, Jorge Tulio Pérez y Román Moreno Romero.

ANTECEDENTES

Por informaciones obtenidas en la ciudad de Pereira, fue alertada la Fiscalía de Ibagué sobre el tráfico de moneda falsa al que se dedicaba la señora Consuelo Montero de Arias, quien realizaba los contactos necesarios para tal cometido a través de su línea telefónica en la citada ciudad.

Iniciada la investigación preliminar el 9 de abril de 1997 por la Fiscalía 21, se logró establecer mediante grabaciones magnetofónicas que en compañía de Román Moreno Romero la dama se desplazaría hasta la capital de la república el 23 de julio de 1997 a fin de recibir dinero falso de manos de Jorge Tulio Pérez Varón, dato que propició el seguimiento por parte de los pesquisidores dándose captura a los tres sujetos en el instante en que éste hacía entrega a los recién llegados de una gruesa suma de billetes apócrifos camuflada en un talego oscuro.

Puestos a disposición de la Fiscalía 20 Delegada ante el DAS de Ibagué, los retenidos fueron escuchados en indagatoria y posteriormente se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de concierto para delinquir y tráfico de moneda falsificada.

Clausurada la investigación, el 3 de diciembre del mismo año la Fiscalía 12 de la Unidad Primera de Patrimonio económico de Ibagué calificó el mérito del sumario profiriendo resolución acusatoria en contra de todos los procesados por los mismos injustos que dieron lugar a la medida de aseguramiento.

En firme el mencionado proveído, correspondió el Proceso al Juzgado 5° Penal del Circuito de aquella ciudad, despacho que remitió la actuación a Santa Fe de Bogotá "por razón de jurisdicción y competencia", donde su homólogo el Juzgado 33 declinó su conocimiento y propuso colisión de competencia negativa bajo el entendido de que "...la naturaleza del hecho investigado apunta al tráfico de moneda y no a la fabricación o lugar de abastecimiento de la primera sindicada, lo que conllevaría a implicar en el ilercriminis (sic) a otro u otros sujetos posiblemente residentes en la ciudad de Pereira".

De nuevo el expediente en la ciudad donde hubo de adelantarse la investigación, el Juzgado 5° Penal del Circuito una vez más rechazó la competencia aduciendo básicamente que "en esta ciudad no se capturó a ninguna persona y menos con elementos que llevaran a deducir la ocurrencia de delito alguno".

Consideraciones de la Corte

Fue por informaciones obtenidas en otra investigación adelantada por una actividad ilícita semejante a la que motivó este Proceso que se empezaron a seguir los pasos de Consuelo Montero de Arias, lográndose establecer que desde Ibagué realizaba telefónicamente los contactos necesarios para recibir en Santa Fe de Bogotá el dinero falso que luego de someterlo a un maquillaje final se distribuía en la primera de las ciudades y en sus zonas aledañas.

Este hecho cobró real existencia el 23 de julio de 1997 cuando la citada dama en compañía de Román Moreno se desplazó por carretera hasta esta

capital con el ánimo de recoger cierta cantidad de billetes falsos de manos del proveedor habitual Pérez Varón, produciéndose la captura de todos ellos cuando tal cosa hacían en las instalaciones de un asadero de pollos localizado al suroccidente de la ciudad, para luego ser puestos a disposición de la Fiscalía de Ibagué.

Así las cosas, resulta sencillo determinar que en Santa Fe de Bogotá fue donde después del seguimiento operado por los organismos de seguridad, se hizo posible la aprehensión en estado de flagrancia de los tres implicados en el ilícito contra la fe pública.

Ahora bien, que era Ibagué el lugar en donde se desarrollaron los actos preparatorios y donde se proyectaba poner en circulación el dinero espurio es un hecho indiscutible, pero incapaz de desvirtuar la realidad palmaria de que en Santa Fe de Bogotá se cumplió por lo menos uno de los verbos rectores que describe la conducta típica por la cual fueron convocados a juicio los acusados, pues es verdad inconcusa que tanto incurre en la infracción de "tráfico de moneda falsificada" quien la "haga circular" –conducta alternativa esta que según parece es para el juzgado de Santa Fe de Bogotá la definitoria de la competencia–, como quien la "adquiera o reciba", siendo este último el comportamiento en cuya ejecución fueron sorprendidos los justiciables en esta ciudad capital.

En síntesis, ni el lugar de preparación de los hechos, ni el escogido para introducir en el torrente comercial el dinero espurio, válidamente pueden oponerse como factor de competencia territorial al escenario donde en forma apodíctica ocurre la conjugación de otro verbo rector alternativo de la conducta abstractamente descrita en el artículo 208 del Código Penal, el cual por su revelación ante los miembros del Cuerpo Técnico de la Fiscalía permitió la captura de los aliados para el concierto delincuencial del tráfico de moneda falsa. Es decir, de acuerdo con las comprobaciones que han impulsado el Proceso hasta el proferimiento de la resolución de acusación, no cabe hesitación alguna de que la flagrancia mostró la realización del tipo penal contra la fe pública en esta ciudad capital.

Lo anterior significa que la competencia para conocer de este asunto radica en el Juzgado 33 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, despacho al cual se remitirán las diligencias enterando de la decisión al Juez 5° Penal del Circuito de Ibagué.

Por lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.

RESUELVE:

1. Desatar el conflicto negativo de competencias suscitado entre los Juzgados 5° Penal del Circuito de Ibagué y 33 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, declarando que el conocimiento de esta causa corresponde

al segundo de los mencionados despachos, a donde se ordena su remisión inmediata.

2. Por la Secretaría, expídase copia auténtica de esta providencia con destino al Juzgado 5° Penal del Circuito de Ibagué.

3. Comuníquese lo pertinente a la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué, acerca de los detenidos Consuelo Montero de Arias, Jorge Tullo Pérez y Román Moreno Romero.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gomez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, No Firmó, *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SENTENCIA ANTICIPADA-Oportunidad

Despejada la inquietud constitucional de la Delegada, entra la Sala a ocuparse del punto propuesto en la demanda y prohijado por la Procuraduría, esto es, la incidencia de la ejecutoria del cierre de investigación en la oportunidad para solicitar la sentencia anticipada. Siguiendo orientación sistemática en la interpretación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y del ordenamiento jurídico, tiene definido la Corte, por mayoría, que la oportunidad se proyecta hasta la ejecutoria de la resolución del cierre. Es así que en fallo de 16 de abril del año en curso (Cas. 10.397, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar), expresó lo que aquí se reproduce, frente al tema tratado:

"De la norma y el método de interpretación antes expuestos, se infiere que una exigencia fundamental en la interpretación jurídica, como paso previo a su aplicación, es la de la preservación de la unidad o carácter sistemático del ordenamiento jurídico. Por ello, la expresión 'antes de que se cierre la investigación', no puede entenderse como escuetamente la dispone el artículo 37 del C. de P. P., sino que es necesario precisarla conforme con las definiciones y matizaciones que de la figura se hacen bien sólo dentro de la ley de procedimiento penal ora dentro del resto de reglas y principios del ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales.

Así entonces, para precisar el 'antes', como momento que precede ese algo que se discute, previamente debe saberse cuándo se entiende jurídicamente 'cerrada la investigación', no desde una perspectiva imaginaria solamente a la luz del artículo 37 del C. de P. P., que no define el asunto y apenas lo tiene como punto de referencia para situar un plazo legal, sino desde la óptica más clara y directa de las siguientes normas:

Según lo dice el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, el cierre de la investigación jurídicamente se produce por medio de una providencia de sustanciación notificable personalmente, en contra de la cual sólo cabe el recurso de reposición, y que simplemente hace tal declaración y ordena que el expediente pase a despacho para califi-

car previo traslado por ocho (8) días a las partes para que presenten sus alegaciones.

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 196 y 197 del mismo ordenamiento procesal, las providencias quedan ejecutoriadas, es decir, en firme respecto de su contenido declarativo (cierre de investigación) y dispuestas para ejecutar lo que de ellas se deriva (traslado y calificación sumarial), cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación, si no se han interpuesto recursos y no deban ser consultadas, o una vez se hayan decidido las impugnaciones. Esta disposición general se reitera en el referido artículo 438, cuando dice que el traslado a los sujetos procesales para alegar sólo 'se ordenará' (sería más técnico decir 'se cumplirá'), una vez 'ejecutoriada la providencia de cierre de investigación'.

También el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, inmerso dentro del título del 'efecto y ejecución de las providencias' dispone que sólo podrá exigirse la ejecución de las decisiones judiciales una vez ejecutoriadas.

Se concluye parcialmente que ese 'antes' escrutado no se agota con la mera declaración de cierre de investigación, sino que se proyecta hasta la ejecutoria de la respectiva providencia. Aunque se pensara, en gracia de discusión, que el genuino querer de los redactores de la ley se orientaba a sellar la oportunidad con el sólo proferimiento de la resolución, lo cierto es que no fue eso lo que expresaron claramente en el texto normativo, y por ello se impone esta suerte de interpretación contextual o sistemática que, frente a la ambigüedad de la letra de la ley, es el único método que suministra seguridad jurídica, uno de los valores fundamentales del derecho -aunque no el único-, en el sentido de que fijar como punto de llegada la ejecutoria de las resoluciones es algo que, no sólo por su sentido jurídico-sistemático sino también por su ambientación en la práctica judicial para otras instituciones, resulta más fácil de prever a los destinatarios de la norma.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal -Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrados Ponentes:

Drs. *Didimo Páez Velandia y Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 10327

Aprobado Acta No. 83

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor público de Nelson Poveda Vargas contra la sentencia de sep-

tiembre 27 de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a dicho procesado a 25 años de prisión por el delito de homicidio y accesoriamente a la interdicción de derechos y funciones por el término máximo legal previsto.

ANTECEDENTES

1. El 1° de enero de 1994, la familia Poveda Vargas, acompañada de unos amigos, celebraba el advenimiento de ese nuevo año, cuando aproximadamente a las 9 de la noche llegó a la residencia familiar (cra. 19A No.53-58 sur de esta capital, barrio San Carlos) NELSON POVEDA VARGAS, quien se desempeñaba como vigilante en una Empresa de Seguridad.

Nelson saludó a sus fraternos y amigos –quienes tomaban cerveza– y, al poco rato, entró en discusión con el visitante Carlos Julio Bastidas Campos, de cuyo lado se puso su hermano Jorge Enrique Poveda Vargas. Al parecer ya estaba todo tranquilo cuando sonó al lado del garaje de la casa un disparo: los presentes salieron a ver qué ocurría y hallaron desfalleciente a Carlos Julio Bastidas Campos, quien, conducido al hospital del barrio El Tunal, falleció.

Todos los testigos dicen que Nelson Poveda Vargas "estaba sobrio".

2. La Fiscalía 17 Seccional –Unidad de Investigación Previa y Permanentes– abrió investigación (fl.8) y escuchó en declaración al referido Jorge Enrique Poveda Vargas (fl.9), quien reitera que el autor del disparo letal fue su hermano Nelson, de quien dice "fumó marihuana en un tiempo, es como desquiciado, él cuando toma se le trata de volar la cabeza, de pronto alguien no le gusta, inclusive nosotros nos hemos agarrado, incluso yo tengo una herida como de tres puntos que me causó él con un cuchillo, pero eso hace rato..." (fl.10) y agrega que, antes del disparo, Nelson, entró a una habitación –"supongo que fue cuando se armó", fl.10– y salió "como bravo", rompió un vidrio y salió a pelear con todos, claro que buscando al muerto..." (fl. 10.), y luego sonó el referido disparó y Nelson emprendió la huida.

En los mismos esenciales términos declaró su amiga Tilsia Ardila Ruiz (fls.13 y 85), quien confirma que Carlos Julio Bastidas "Se quedó solo"en el primer piso (todos los demás estaban arriba), cuando Nelson bajó rápidamente y luego se escuchó el disparo.

Se presentó el imputado el 2 de enero a la Sexta Estación de Policía y desde entonces quedó privado de la libertad (fl.19-1); en su indagatoria (fls.30 y ss.) dijo que consumió licor el día 1° de enero y después, cuando terminó el turno de vigilante, se fue para su casa, donde continuó haciendo lo propio (con "cerveza y aguardiente", fl.31), "molestando" con el hoy occiso, lo cual disgustó a su hermano Jorge Enrique, motivo por el cual él se fue de la casa, adonde llamó al día siguiente "para preguntar por mis

papeles" que "se me habían perdido", siendo entonces informado de que él había matado la noche anterior "al señor amigo de mi hermano" (fl.31).

Dice que no tenía arma y que en el trabajo de vigilante "me dan una escopeta y allá la dejo en el trabajo" (fl.32), reconoce que "de joven" fumó marihuana y también admite que el occiso "sí me caía mal, pero no a tal punto de querer matarlo (se deja constancia que el indagado se pone a llorar), fl.33. Cuando se le pregunta quién cree que sea el responsable del homicidio investigado, responde: "No sé, de pronto sería yo el culpable, no me acuerdo si será cierto lo que hubiere hecho, no tengo armas. Que si yo hubiera querido que hubiera sucedido tal tragedia, no fue mi intención en ningún momento en llevar los hechos hasta ese punto" (fl.34 infra).

3. Se decretó la detención preventiva de Nelson Poveda (fl.43) y luego se oyó en declaración a Ruth Alicia Poveda (fl.88), compañera de Jorge Enrique López (fl.91), quien también declaró en los mismos sustanciales términos ya vistos, reiterando que el occiso y el procesado parecía que estaban bromeando, y Jorge Enrique López dijo que "a la salida me paré como en el segundo escalón y fue cuando bajó Nelson corriendo, yo seguí otro momentico en la escalera, entonces fue cuando oí el disparo y los gritos de Carlos que se quejaba...entonces al salir vi que Carlos estaba tambaleando en la puerta de la casa... entonces él me alcanzó a decir 'ese man me mató'..." (fl.92).

4. Cerrada la investigación (fl.115), mediante resolución de abril 25 de 1994 (fl.149) se acusó al sindicado por el delito de homicidio simple, de conformidad con el artículo 323 del Código Penal (29 de la Ley 40 de 1993).

5. El Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá celebró audiencia pública (fl.202), en la cual el acusado admite que estaba "fregando" con la víctima, que se refugió en su habitación para que su hermano Jorge Enrique no lo viera, que al salir sí se encontró con el referido Jorge Enrique López y que logró salir de la casa, dedicándose nuevamente a ingerir licor.

Cabe anotar que el peritaje médico-legal concluyó que el procesado "no padecía para el momento de los hechos investigados en el presente Proceso, trastorno mental o inmadurez psicológica que le impidieren comprender o autodeterminarse en su ejecución" (fl.214).

Se dictó sentencia en armonía con la acusación y Nelson Poveda Vargas fue condenado a la pena principal de 25 años de prisión (agosto 8/94, fl.224), providencia que, apelada por el procesado y su defensor, fue enteramente confirmada mediante la que hoy se recurre en casación (fl.4-2).

La Demanda

Primer cargo

Al amparo de la causal 3ª del artículo 220 del Código Penal, el casacionista afirma que se violó el debido Proceso regulado en los ar-

tículos 1° y 37 del Código de Procedimiento Penal, al desconocerse la petición de sentencia anticipada planteada por el procesado, toda vez que cuando éste hizo tal petición la resolución que clausuró la investigación no se encontraba en firme e incluso "ya había accedido a su realización por resolución de marzo 23 de 1994" (fl.51-2).

Alega que, en vía de discusión, si la tesis correcta fue la finalmente asumida por la Fiscalía (que basta el proferimiento de la resolución en referencia, sin ser necesaria su ejecutoria), de todos modos al procesado "se le reabre otra oportunidad" (fl.cit.) ante el juez de la causa, quien en este caso ha debido "atender el pedimento y celebrar la diligencia", pero -continúa- el Juez 51 Penal del Circuito guardó silencio al respecto (fl.52) y, así, también violó el debido Proceso, por lo cual esta Corte Suprema debe decretar la nulidad pertinente.

Segundo cargo

Con apoyo en la causal primera de casación el actor enrostra al fallo "error en la apreciación"de los testimonios rendidos por Jorge Enrique Poveda Vargas, Tilsia Ardila Ruiz, Ruth Alicia Poveda y Jorge Enrique López, "al darles plena credibilidad y sobre ellos demostrar los hechos indicadores de presencia de Nelson Poveda frente a Carlos Julio Bastidas; de fuga del incriminado del sitio del hecho; del móvil para matar y de la capacidad personal por su conocimiento de armas. Punto de partida en la crítica testimonial y que lógicamente resta credibilidad a sus dichos, para comenzar a apartarnos del respetable estudio de la Sala del Tribunal Superior, es el estado de embriaguez en que se encontraban los deponentes que afectaba su normal posibilidad de percibir correctamente el episodio de sangre" (fl.52).

Argumenta que los referidos testigos para el día de los hechos "estaban en su totalidad embriagados", como ellos mismos admiten al declarar que "estaban borrachos", cosa que el censor halla lógica ya que "consumían cerveza desde las dos de la tarde del primer día del año que empezaba a transcurrir" (fl.53), como ratifica la testigo Tilsa Ardila al decir que "estábamos enguayabados".

Encuentra el censor "contradicciones" entre los nombrados testigos, quienes -dice- coinciden en que no vieron arma alguna en poder del procesado ni el momento en que éste disparó, con todo lo cual se viola "el principio de la sana crítica" (fl.54), como también la elaboración de los indicios inferidos por el Tribunal.

A continuación hace el censor un recuento de lo dicho por los testigos y plantea un examen de este acervo desde su particular posición de defensor, alegando literalmente como en una instancia, y luego realiza lo propio al sostener que la dirección del proyectil que causó la muerte (de arriba hacia abajo) milita en pro del acusado, quien es "de similar estatura a la

del sentenciado" (fl.54 infra.), cosa que torna "imposible" el accionamiento del arma en el garaje de la casa, como lo acepta el fallo recurrido.

Con análoga "subjetividad" considera los indicios contenidos en la sentencia recurrida y señala que éstos, al ser "contingentes", "no tienen la contundencia para eliminar la duda" (fl.56), por todo lo cual solicita de la Corte casar el fallo, y en su lugar, absolver al procesado.

CONCEPTO DE LA DELEGADA

1. Con respecto al primer cargo conceptúa el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

- Las "condiciones de la providencia que ordene el cierre de la investigación (fl.13 cdno. Corte) son: que se haya recaudado la prueba necesaria para calificar la investigación y/o que se haya cumplido el término que la ley fija para proferir dicha calificación, y "las finalidades"de la misma son: poner fin a la labor investigativa y dar la oportunidad a los sujetos procesales de "una alegación que conduzca a la protección de sus propios intereses".

Así, la importancia de esa decisión de clausura investigativa hace que se deba notificar y que cobre firmeza o ejecutoria "material", momento a partir del cual nace la oportunidad de presentar las respectivas alegaciones, por todo lo cual debe afirmarse que "el cierre de investigación se produce" una vez la providencia que así lo ordena esté en firme (fl.14), antes de lo cual dicha investigación "no se encuentra cerrada".

- Por lo anterior opina la Delegada que lleva razón el casacionista cuando afirma que la preclusión "no se (sic) operó por falta de ejecutoria de la resolución de (sic) ordenó el cierre de la investigación" (fl.15), dicho esto con relación al momento en que se solicitó la sentencia anticipada, momento entonces oportuno, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 81 de 1993 (37 del C.P.P.).

- Concluye el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que, por lo dicho, no tuvieron razón el representante del Ministerio Público y el fiscal cuando argumentaron que el término para pedir la audiencia anticipada le había precluido al procesado Nelson Poveda Vargas.

No obstante esa equivocación procesal, la Delegada se reafirma en su escrito de que el instituto procesal de la sentencia anticipada contraría manifiestamente preceptos constitucionales (debido Proceso, etc.) y, por tanto, no puede ser aplicable, aserto éste que "hasta la fecha no ha recibido pronunciamiento contrario de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, por consiguiente, estima esta oficina que tiene plena vigencia" (fl.16).

Los argumentos que sustentan esta postura jurídica los expone así la Delegada:

1. "No es el juez de sentencia quien examina las pruebas recaudadas y los cargos formulados, sino la Fiscalía como órgano acusador".

2. Así, no puede entenderse destruida la presunción de inocencia que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional.

3. No se concede al procesado la oportunidad de controvertir las pruebas y también se desconoce el principio de "la publicidad del juzgamiento" (fl.19).

4. Los pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y sobre los Derechos Civiles y Políticos prevén "las garantías de la audiencia pública" (Convenios que prevalecen sobre las normas internas, según el art. 93 de la Carta), la cual no existe en el evento de la sentencia anticipada.

5. "Nótese que no existe posibilidad alguna de que el procesado sea oído por el juez de la causa, tampoco de que se presenten pruebas para controvertir la acusación, pero ni siquiera se consagró mecanismo alguno que permita al funcionario encargado de dictar la sentencia, establecer si el acusado en verdad obró voluntariamente y con pleno conocimiento de las consecuencias de su decisión en la aceptación de los cargos, de manera tal que ésta a más de comportar consecuencia adversas, ni siquiera está revestida de las formalidades mínimas que exigen a la confesión judicial" (fl. 23).

Concluye la Delegada:

"Así las cosas, entiende esta representación del Ministerio Público que el no haber atendido la solicitud del procesado Poveda Vargas para que se dictara sentencia anticipada, si bien entraña un antiprocesalismo en relación con las normas vigentes, tal irregularidad no tiene trascendencia en la anulación del Proceso, en tanto que su trámite se realizó con prescindencia de una (sic) rito inconstitucional y con estricto apego a las disposiciones ordinarias, ellas sí compatibles con los mandatos de la Carta. No procede, por tanto, la pretensión de la demanda"(fl.24).

Segundo cargo

Considera la Delegada que como aquí el censor simplemente opone sus valoraciones a las del sentenciador, lo que hace es formular "falsos juicios de convicción que, según se ha establecido a través de los análisis y precisiones jurisprudenciales, no es de recibo dentro del actual sistema de valoración probatoria regido por la sana crítica" (fl.24), y añade que como arguye la ebriedad de los testigos como dato para restarles credibilidad a éstos, las contradicciones que encuentra en sus testimonios deben ser rechazadas "como fuente de incredulidad" (fl. 24).

Se refiere en seguida el concepto del Ministerio Público a las "pretendidas equivocaciones de los testigos o imprecisiones en relación con alguna fase de los hechos investigados" (fl.25) y acota que, no obstante, el censor no logra demostrar el falso juicio de identidad propuesto, "toda vez que

limita su proposición a la transcripción de sectores de las pruebas que en nada demeritan su validez o contenido" (fl. cit.).

Sobre la crítica que el casacionista hace a la prueba indiciaria, considera la Delegada que, sustancialmente, "no pasa de ser un enunciado que corresponde a la simple lucubración del libelista e incapaz, por ello, para aconsejar la ruptura del fallo impugnado" (fl.26).

Reitera que el demandante no motivó sus asertos, sino que dio su "opinión personal en relación con la valoración probatoria".

Conceptúa, pues, que la sentencia recurrida no debe ser casada por este cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

Como se indicó, la nulidad que plantea el actor se basa en que se violó el debido Proceso al negársele al procesado la sentencia anticipada que había solicitado una vez clausurada la investigación, con el argumento de que dicha petición era extemporánea. En concepto del censor, al no estar ejecutoriada la providencia que decretó el mencionado cierre de investigación, la solicitud de su defendido estaba dentro del término legal y ha debido ser atendida.

El Procurador Delegado acepta el razonamiento de la demanda en este punto pero es de opinión que por ser inconstitucional el precepto que consagra la sentencia anticipada, la falla resulta inocua de donde deviene la improsperidad del cargo.

El planteamiento de la Delegada amerita de la Corte, en consecuencia, un análisis preliminar a fin de despejar la inquietud. En efecto, ha de aclararse primeramente que el concepto lo emitió la Procuraduría con anterioridad al fallo de la Corte Constitucional de exequibilidad del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 3° de la Ley 81 de 1993, según sentencia C-425 de septiembre 12/96, que como se sabe es de efectos definitivos y vinculantes, razón por la cual innecesario resulta cualquiera disquisición jurídica al respecto.

No obstante, para tranquilidad de la Delegada se le recuerda que la Corte Constitucional en el fallo referido despejó muchas de las inquietudes planteadas, al considerar la sentencia anticipada como la expedición de la misma "...antes de agotar todas las etapas procesales instituidas por el legislador, las cuales se consideran innecesarias debido a la aceptación por parte del implicado de los hechos materia del Proceso y de la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito"; y en cuanto al derecho de contradicción, dijo aquella corporación: "el procesado ya ha tenido la oportunidad de ser

oído dentro del Proceso (indagatoria) y de ejercer el derecho de defensa al igual que el de contradicción".

Ahora, que durante el trámite de la sentencia anticipada el procesado sea oído por el fiscal y no por el juez no es problema, pues la sentencia destaca cómo el procedimiento penal consagra dos etapas: la de investigación y acusación, y la del juzgamiento, la primera asignada a la Fiscalía General de la Nación y la segunda a los jueces. Cuando la solicitud de sentencia anticipada se presenta durante la investigación, la respectiva acta contentiva de los cargos admitidos por el procesado, equivale a la resolución acusatoria, según el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal. Dicha acta, junto con todo el restante Proceso se remite al juez, quien es el que debe emitir el fallo "siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales", con lo cual queda claro que no es el fiscal quien profiere la sentencia sino el juez, y lo hace de manera "autónoma e independiente".

Despejada la inquietud constitucional de la Delegada, entra la Sala a ocuparse del punto propuesto en la demanda y prohijado por la Procuraduría, esto es, la incidencia de la ejecutoria del cierre de investigación en la oportunidad para solicitar la sentencia anticipada. Siguiendo orientación sistemática en la interpretación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y del ordenamiento jurídico, tiene definido la Corte, por mayoría, que la oportunidad se proyecta hasta la ejecutoria de la resolución del cierre. Es así que en fallo de 16 de abril del año en curso (Cas. 10.397, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar), expresó lo que aquí se reproduce, frente al tema tratado:

"De la norma y el método de interpretación antes expuestos, se infiere que una exigencia fundamental en la interpretación jurídica, como paso previo a su aplicación, es la de la preservación de la unidad o carácter sistemático del ordenamiento jurídico. Por ello, la expresión 'antes de que se cierre la investigación', no puede entenderse como escuetamente lo dispone el artículo 37 del C. de P. P., sino que es necesario precisarla conforme con las definiciones y matizaciones que de la figura se hacen bien sólo dentro de la ley de procedimiento penal ora dentro del resto de reglas y principios del ordenamiento jurídico y , en especial, de las normas constitucionales.

Así entonces, para precisar el 'antes', como momento que precede ese algo que se discute, previamente debe saberse cuándo se entiende jurídicamente 'cerrada la investigación', no desde una perspectiva imaginada solamente a la luz del artículo 37 del C. de P. P., que no define el asunto y apenas lo tiene como punto de referencia para situar un plazo legal, sino desde la óptica más clara y directa de las siguientes normas:

Según lo dice el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, el cierre de la investigación jurídicamente se produce por medio de una providencia de sustanciación notificable personalmente, en contra de la cual

sólo cabe el recurso de reposición, y que simplemente hace tal declaración y ordena que el expediente pase a despacho para calificar, previo traslado por ocho (8) días a las partes para que presenten sus alegaciones.

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 196 y 197 del mismo ordenamiento procesal, las providencias quedan ejecutoriadas, es decir, en firme respecto de su contenido declarativo (cierre de investigación) y dispuestas para ejecutar lo que de ellas se deriva (traslado y calificación sumarial), cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación, si no se han interpuesto recursos y no deban ser consultadas, o una vez se hayan decidido las impugnaciones. Esta disposición general se reitera en el referido artículo 438, cuando dice que el traslado a los sujetos procesales para alegar sólo 'se ordenará' (sería más técnico decir 'se cumplirá'), una vez 'ejecutoriada la providencia de cierre de investigación'.

También el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, inmerso dentro del título del 'efecto y ejecución de las providencias' dispone que sólo podrá exigirse la ejecución de las decisiones judiciales una vez ejecutoriadas.

Se concluye parcialmente que ese 'antes' escrutado no se agota con la mera declaración de cierre de investigación, sino que se proyecta hasta la ejecutoria de la respectiva providencia. Aunque se pensara, en gracia de discusión, que el genuino querer de los redactores de la ley se orientaba a sellar la oportunidad con el solo proferimiento de la resolución, lo cierto es que no fue eso lo que expresaron claramente en el texto normativo, y por ello se impone esta suerte de interpretación contextual o sistemática que, frente a la ambigüedad de la letra de la ley, es el único método que suministra seguridad jurídica, uno de los valores fundamentales del derecho –aunque no el único–, en el sentido de que fijar como punto de llegada la ejecutoria de las resoluciones es algo que, no sólo por su sentido jurídico-sistemático sino también por su ambientación en la práctica judicial para otras instituciones, resulta más fácil de prever a los destinatarios de la norma.

Pero aquí no culminan las razones adicionales. Se verán otras:

La racionalidad teleológica de la norma del artículo 37 del C. P. P. enseña que la creación del instituto de la sentencia anticipada obedece al propósito racional de economizar jurisdicción en asuntos relativamente fáciles, con el fin de aliviarla y concentrarla para casos difíciles o para dedicarla más ágilmente a un abundante número de Procesos pendientes de solución y que significan impunidad latente. Estos objetivos sociales estarían más limitados con la interpretación que para la Corte (por mayoría) no puede prosperar, por contener una restricción del plazo que ni siquiera se aviene con el contexto legal; en cambio, aquéllos tendrían más posibilidades de desarrollo en la significación normativa que aquí se avala. Y la eficacia de la norma,

entendida como el logro de ciertos objetivos sociales, obviamente no puede ser ajena a la interpretación y aplicación del derecho.

Y si la discusión se centra desde la perspectiva del procesado que, merced a su allanamiento para aceptar responsabilidad, se hace merecedor a una reducción de pena, la conclusión no podría ser distinta, pues, por obra de una interpretación segmentada de la ambivalente expresión lingüística, se le estaría negando una oportunidad de participar más activamente (como sujeto y no como objeto) en las decisiones que lo afectan (art. 2° Const. Pol.) y, por la misma vía, la posibilidad de una significativa rebaja en la sanción que pueda llegar a imponérsele.

De modo que, involucrada en los anteriores niveles de interpretación, aparece la idea de la racionalidad ética, como último peldaño también favorable a la postura hermenéutica que se ha asumido, pues valores como la seguridad jurídica, la eficacia y la eficiencia social de las normas y el derecho participativo (menos impositivo), de verdad justifican los fines sociales perseguidos que se potencian mayormente si se acepta la dimensión de la oportunidad que se ha propuesto.

Pero claro, algún tropiezo aparente puede advertirse en la práctica judicial como consecuencia de la tesis respaldada, pues, según lo dispone el inciso 2° del artículo 37 examinado, 'hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días', propósito que no será posible conseguir en los casos en que ya se ha dictado la resolución de cierre de investigación, aunque no esté ejecutoriada (argumento consecuencialista). Inclusive, se explica por los mentores de la posición contraria, que esa posibilidad explícita de continuar la instrucción, después de la solicitud de sentencia anticipada, constituye una evidencia de la intención legislativa de cerrar el plazo con el solo dictado de la resolución de cierre de investigación.

En abstracto y formalmente, el argumento aparece correcto, pero, amén de su soledad y de la subordinación del elemento lógico-subjetivo en la tarea hermenéutica, desde el punto de vista de una justificación material, todo resulta falaz porque dicha previsión legislativa que se hizo para proteger la dirección de las investigaciones potencialmente eficaces pero que aún estaban en ciernes, con el fin de evitar la manipulación de la verdad cuando las averiguaciones apenas comienzan, no entraña ningún obstáculo a la tesis interpretativa propuesta, pues tal necesidad de prueba indudablemente no se tendrá en aquellas investigaciones en las que el fiscal ya haya dictado la resolución de cierre, inequívoca señal de que cuenta con la prueba necesaria para calificar o de que ha vencido el término de instrucción, de cara a las condiciones que fija el artículo 438 para poder adoptar una decisión de tal naturaleza (prueba necesaria)".

La interpretación que prohija la mayoría de la Corte, fue insinuada en este caso por el Fiscal, quien en proveído de 23 de marzo de 1994 dispuso

llevar a cabo trámite para sentencia anticipada, a pesar de que estaba cerrada la investigación, en el entendido que la resolución que así lo declaró "no se encuentra ejecutoriada" (f. 126). Sin embargo, la determinación de no continuar la actuación de cara a la terminación excepcional del Proceso, obedeció a la solicitud que en tal sentido hizo la representante del Ministerio Público en el acto mismo de la diligencia (fs. 137 y 138), decisión que tanto el defensor como el procesado consintieron con su silencio, de manera que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 308 del C. de P. P., no es admisible a los sujetos procesales alegar nulidad respecto de actos irregulares en los cuales hayan puesto su voluntad y participación, a menos que se trate de falta de defensa técnica, hipótesis que aquí no se da.

Pero es más, la sentencia anticipada proviene de la voluntad clara del procesado de renunciar al procedimiento ordinario, que de concretarse, le representa una significativa rebaja de pena, luego se trata de actuación rogada (no impuesta por el funcionario), que en el asunto estudiado el implicado abandonó en la diligencia de 29 de marzo de 1994 (fs. 137 y 138) y que bien pudo plantear allí o pedir en la etapa del juicio con la consiguiente rebaja como si las cosas hubieran ocurrido en la fase instructiva, solución que ninguna irregularidad con poder de invalidación ofrece. En el fallo recordado del 16 de abril del año en curso, la Corte frente a este punto dijo:

"Y en cuanto a la presunta desintegración de las bases del procedimiento, no se advierte de tal entidad el efecto de la irregularidad, porque el juzgado no se inventó el procedimiento especial, si se tiene en cuenta que la sentencia anticipada es un rito cuya procedencia se regula tanto para la fase de la instrucción como en la del juzgamiento. Ahora bien, el reconocimiento de una reducción de la tercera parte de la pena, en lugar de la sexta parte que era la procedente para ese entonces para la etapa del juicio, no sería un error de procedimiento (*in procedendo*) sino del mérito de la decisión final y concerniente a la aplicación del derecho (*in iudicando*), pues si se recuerda la letra de los incisos 4° y 5° del artículo 37 del C. P. P., la dismunición de pena la hace el juez en la sentencia, después de que ha declarado ausencia de violación de garantías fundamentales. Por ello, si la situación hubiese sido otra, esto es, si, no obstante haber solicitado oportunamente la sentencia anticipada en el sumario ésta sólo se realiza en el juicio con la rebaja de pena correspondiente a este último momento procesal, la solución tanto en sede de apelación como de casación no sería la nulidad del fallo sino su corrección para ajustar la pena de acuerdo con la reducción autorizada para la oportunidad inicialmente rechazada."

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo.

Comparte la Corte el criterio expresado por la Delegada en relación con este segundo reproche del actor a la sentencia, pues ciertamente lo que

hace la demanda es simplemente oponer sus propias valoraciones a las del sentenciador. Además, si bien el actor alega imprecisiones y equivocaciones en los testimonios, no logra demostrar el falso juicio de identidad propuesto, pues dejó de lado el análisis de los demás medios de prueba que sirvieron de fundamento al fallo, lo cual como bien sentado lo tiene la jurisprudencia, no es de recibo en la cuidadosa técnica casacional, en donde es necesario el análisis de todas las pruebas en su individualidad y en conjunto, es decir del acervo en general en sus interrelaciones lógicas; de ahí que no sea admisible el cuestionamiento de un solo medio, sino que es necesario desvirtuar totalmente el raciocinio judicial que surge de la evaluación de la comunidad de prueba, porque si subsiste un segmento válido que ampare la conclusión axiológica judicial, no será posible la quiebra de la sentencia.

Al no motivar los ataques y menos demostrar los errores anunciados, se impone la improsperidad del cargo y de la demanda en general.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, parcialmente de acuerdo con la Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

No casar el fallo impugnado extraordinariamente por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a Nelson Poveda Vargas a 25 años de prisión como autor del delito de homicidio. En firme, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Salvamento Parcial de Voto, *Fernando E. Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Carlos Augusto Gálvez Argote*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*; *Didimo Páez Velandia*, Salvó parcialmente el voto, *Nilson Pinilla Pinilla*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, Con salvamentoparcial de voto.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con todo comedimiento me permito discrepar de la posición mayoritaria de la Sala, en el sentido de que la sentencia anticipada se puede solicitar hasta cuando quede ejecutoriada la resolución de cierre de investigación, siendo nuestro criterio que la oportunidad para hacer tal pedimento precluye cuando se dicta tal proveído.

Fundamos nuestro disentimiento en lo siguiente:

Administrar justicia y, particularmente, investigar los delitos es una labor que tiene altísimos costos, no sólo en Colombia sino en todo el mundo. Además, el delincuente actual se ha refinado e, incluso, han aparecido organizaciones criminales que no sólo son diestras en el arte de delinquir, sino, especialmente, en el de ocultar los rastros del delito, lo cual hace más difícil, costosa y demorada la labor requirente. Esto ha llevado a los Estados modernos a crear mecanismos que con el halago de disminuir la sanción impulsen al infractor a reconocer su responsabilidad frente a los cargos que se le formulan y a optar por un procedimiento abreviado y una sentencia inmediata.

Con lo anterior se buscan varias finalidades:

a) La economía procesal, en cuanto en vez de un dilatado y dispendioso procedimiento ordinario se cumple uno abreviado, lo cual redunda en la descongestión de los despachos judiciales;

b) Otorgarle credibilidad a la administración de justicia, pues la colectividad se percata que el delincuente ha sido rápidamente sancionado, con lo cual, así mismo, se alcanza, más eficazmente, la finalidad de prevención general, buscada por la sanción;

c) Lograr el objetivo constitucional de un debido Proceso, sin dilaciones injustificadas;

d) Realizar el ideal democrático de que los ciudadanos participen en las decisiones que los afectan;

e) Pero, sobre todo, el aparato de justicia economiza ingentes recursos económicos y esfuerzo humano;

Estas o parecidas razones han llevado a que en muchos países se establezcan procedimientos semejantes, como la negociación o *plea bargaining*

en E. U., la sentencia por conformidad del imputado en la ley de Enjuiciamiento Criminal de España, la aplicación de la pena por solicitud de las partes en Italia, etc.

Pero estas particulares finalidades, especialmente la atinente con el ahorro económico y de esfuerzo humano, no se alcanzarán si la inteligencia que se le da a la norma es la de que la oportunidad para acudir a este especial trámite se extiende hasta cuando la investigación ya se ha agotado y se ha desgastado el aparato jurisdiccional en la indagación del punible. Por tal razón, no tenemos duda que la sentencia anticipada hay que solicitarla antes de que se profiera la resolución que cierra la investigación, pues cuando tal ocurre es porque el Estado, con gran esfuerzo y enfrentado dialécticamente a la defensa, al fin pudo reunir la prueba suficiente para calificar.

La teleología de esta disposición está orientada en el sentido de que la terminación se haga lo más pronto posible y, de todos modos, antes de que se complete la investigación. Por eso se retribuye con una tercera parte de rebaja, en tanto que si se efectúa cuando el Proceso ha avanzado más y se ha producido un mayor desgaste del aparato de justicia, la misma será apenas de una octava parte.

Dentro del criterio de que la terminación anticipada sea lo más pronto posible, la ley la autoriza desde que quede ejecutoriada la resolución que define la situación jurídica. Si no se permite antes es porque la precariedad de la investigación y de los elementos de juicio con que se cuenta impedirían formular adecuadamente la imputación y terminar el Proceso.

Por otra parte existe un argumento adicional que avala el criterio de que el querer del legislador no lo fue en el sentido que propugna la mayoría, consistente en que el procesado que tenga dudas sobre si será o no llamado a juicio, no va a pedir sentencia anticipada hasta después del cierre y dentro del término de ejecutoria, pues sólo entonces estará seguro que va a ser acusado, ya que si el fiscal carece de la prueba suficiente para formular pliego de cargos, pues no cierra.

Lo anterior llevará a que se disminuya la eficacia de la norma, pues muchos sindicados no pedirán sentencia anticipada recién definida su situación jurídica, o durante la averiguación, sino que, calculadamente, esperarán que el Estado se agote en la consecución de la prueba para acusar y cierre investigación, para sólo entonces acogerse al beneficio.

En consecuencia, interpretar el precepto en el sentido de que el plazo se extiende hasta la ejecutoria de la resolución de cierre, llevará a que la norma en vez de ganar en eficacia y eficiencia, sea lo contrario.

También opinamos que premiar con una tercera parte de la rebaja a quien esperó que el Estado terminara la investigación para pedir sentencia anticipada, resulta violatorio del principio de igualdad, pues no es jus-

to que reciba la misma retribución que aquel que la pidió antes y, por lo mismo, sin esperar a que el Estado agotara sus esfuerzos averiguatorios.

Fuera de estos argumentos, existen otros de carácter sistemático que avalan nuestra posición y que sintetizamos en que cuando el legislador quiere señalar como límite procesal la ejecutoria de un proveído y no su emisión, así lo dice, como ocurre en el inciso 2° del art. 198, en el art. 415-5 y en el mismo art. 37, cuando se refiere a la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica, como límite mínimo para acceder al instituto. Así mismo, la norma citada dice que "Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de 8 días", lo que implica que no se haya dictado el auto precluisivo de la investigación, pues si ya se emitió habría que revocarlo para cumplir con ese objetivo, lo cual resultaría en contravía de la rapidez y agilización buscadas con el instituto de la sentencia anticipada.

Fecha, *ut supra*.

Jorge Córdoba Poveda.

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, consigno a continuación las razones de mi disentimiento con la tesis mayoritaria acerca de la oportunidad procesal para solicitar la sentencia anticipada, que en el fondo son las que traía la ponencia que no fue acogida en este particular punto por dicha mayoría:

"Despejada la inquietud constitucional de la Delegada, me ocuparé del punto propuesto en la demanda y prohijado por la Procuraduría, esto es, si para solicitar la sentencia anticipada el cierre de investigación debe o no estar ejecutoriado.

No comparto los razonamientos tanto de la demanda y la procuraduría como los de la mayoría de la sala para arribar a la necesidad de exigir la ejecutoria de la providencia que clausura el ciclo investigativo para poder sostener válidamente la preclusión de la solicitud de sentencia anticipada, por las siguientes razones:

a) Es una verdad de a puño que la figura de la sentencia anticipada fue instituida en el procedimiento como mecanismo de economía procesal en el sentido amplio de la expresión, esto es, reducción de términos, de actuaciones procesales ordinarias, de implementos materiales y de esfuerzo humano, para evitar precisamente las dilataciones innecesarias que retardan la pronta y cumplida justicia que quiere y exige la Constitución, dejando a salvo, claro está, los derechos fundamentales del procesado y a cambio de una recompensa o retribución (disminución de pena) por la oportuna y necesaria colaboración.

b) En desarrollo de dicha filosofía, cualquiera interpretación de la norma que implique dilatación o entrabamiento procesal carece de fundamento legal, siempre que con ella queden a salvo las garantías fundamentales; y en el caso concreto, la interpretación que acoge la mayoría va más allá de esa filosofía y del mismo precepto regulador de la figura. En efecto, el artículo 37 referido dice: "**Ejecutoriada** la resolución que define la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada" (Negrilla fuera de texto).

Si se observa dicho contenido en forma integral, se ve cómo emerge nítida la voluntad del legislador, pues cuando quiere que el acto-condición

procesal deba estar ejecutoriado así exige, como ocurre con la providencia definitoria de la situación jurídica en el inciso transcrito y resaltado; por lo demás, al referir el límite extremo tampoco deja duda alguna, pues habló de un momento o instante en el actuar del funcionario no del acto procesal en sí, al decir "hasta antes de que se cierre la investigación" y no " hasta antes del cierre de investigación". Y ello es perfectamente explicable, pues si la sentencia anticipada busca el ahorro de tiempo y esfuerzo, la parte interesada no debe esperar al final del término que señala la Ley para la instrucción, ni menos aún que transcurran los términos de la ejecutoria de dicha clausura. Y ello es desarrollo y no oposición al principio del oportuno acceso de la justicia.

c) La interpretación sistemática también conduce a la misma conclusión. En efecto, dice el inciso segundo de la norma mencionada: "Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho días", lo cual presupone obviamente que no se haya cerrado la investigación, pues sabido es que solamente se pueden practicar pruebas si la investigación no está clausurada. Proferida esta medida, si se necesita practicar alguna prueba de importancia, debe reponerse dicho cierre dentro del término de su ejecutoria para que se revoque, y ese tipo de dilataciones fueron las que quiso evitar el legislador en el artículo presentado.

d) En la segunda oportunidad que señala la ley para la solicitud de sentencia anticipada, con la misma filosofía ha de afirmarse que no exige el legislador ejecutoria de ninguna de las providencias extremas, la resolución de acusación y la fijación de fecha para la celebración de la audiencia. Sostener lo contrario, es ir contra esa filosofía y contra el principio del acceso oportuno a la justicia. Obsérvese cómo la norma no habló, por ejemplo, de la etapa del juicio que implícitamente implicaría la ejecutoria de dicha resolución. La rebaja es menor aquí porque la colaboración es mínima ya que se limita el procesado aceptar los cargos formulados en el proveído calificatorio, mientas que en la primera oportunidad media realmente una negociación que aunque tiene como punto de partida la calificación provisional dada en la medida asegurativa, bien puede ésta variar con lo que surgiere de las nuevas pruebas.

e) Para el suscrito, en consecuencia, la actuación procesal no ha sido irregular sino ajustada a la ley y por consiguiente completamente válida.

Fecha, *up supra*.

Dídimo Páez Velandia

Magistrado

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Si bien podría bastarme con remitir a las claras y precisas razones que exhíbe el salvamento parcial de voto que acaba de suscribir del magistrado Dídimo Páez Velandia para explicar con él mi postura frente a la solución optada dentro del presente asunto, en cuanto aquel elabora una interpretación literal, sistemática, teleológica y ante todo lógica del artículo 37 del C. de P.P., como del instituto procesal de la sentencia anticipada, en mi voluntad de afirmar que me mantengo dentro de la interpretación primera y fundada que le había dado unánimemente esta sala de la Corte al precepto que se trae a cita, con todo respeto y por su valor histórico y jurídico, me voy a permitir traer de esa pieza apartes pertinentes, que me revelan de otra explicación:

En aquella ocasión (enero 23 de 1997), la Sala tuvo que abordar el tema dentro de la tutela 3217, previo rechazo de entrada del amparo, como mecanismo encaminado a controvertir decisiones judiciales debidamente motivadas. Tratábase de un caso en el que el fiscal instructor se había negado a tramitar una solicitud de sentencia anticipada, por haberse cursado después del auto del cierre instructivo, y sin que dicha providencia hubiese quedado aún ejecutoriada. Por tal motivo, la Colegiatura ingresó y no por accidente al análisis del tema.

Las razones que había dado el fiscal eran las siguientes:

"En sentir de esta Delegada, claro es el tenor del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal al expresar que el procesado puede solicitar que se dicte sentencia anticipada una vez se encuentre ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación.

Se cree entonces por esta Agencia Fiscal que fue el querer del legislador delimitar en forma precisa e intencional los dos momentos procesales en que opera el acogimiento de un sindicado a esta forma de terminación del proceso, siendo enfático en distinguir cuando se requiere la ejecutoria de una providencia y cuando el simple pronunciamiento jurisdiccional que no requiere del trámite necesario para no poder predicar su firmeza, de ahí que haya requerido en el primero de estos eventos, la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y el simple

proferimiento de la resolución de acusación en la otra oportunidad procesal para solicitar el proferimiento de la sentencia anticipada.

Es nuestro sentir, para que la petición de sentencia anticipada sea atendida por la fiscalía que ésta sea presentada dentro del lapso antes indicado, pues fuera del mismo se carece de competencia para realizar actuación distinta y que no sea la de calificar el mérito del sumario". (sic).

Ante este razonamiento, y lejos de conformarse la Sala con despachar el caso advirtiendo que se trata de una decisión judicial debidamente motivada, y por lo mismo ajena a vías de hecho, expresamente abordó el punto y sobre el mismo añadió que la del Fiscal era la interpretación correcta.

Posteriormente (sentencia de casación de abril 16 de 1998 –magistrados ponentes Dres. Jorge A. Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar–), la mayoría de la Sala varió rotundamente ese criterio, lo que estaba en todo el derecho y aún la obligación de hacer, si la interpretación primera la encontraba errada, o la nueva asomaba más justa, coherente o conforme con la ley. Lo que sucede es que a mi entender, las razones dadas unánimemente desde el mes de enero de 1997 perduran como serias, certeras y ceñidas al texto de la ley y a su sentido, por lo que estimo injustificado el viraje doctrinal en que ahora se insiste.

Dijo en efecto la Sala en su pronunciamiento primero lo que sigue:

"De otra parte, estima la Sala que la postura asumida por la Fiscalía Regional, responde a los objetivos de la solicitud de sentencia anticipada y por ende su aplicación se encuentra ajustada a Derecho:

"Tal como se desprende del contenido del artículo 37 del C. de P.P., reformado por el artículo 3° de la ley 81 de 1993, es posible dar terminación al proceso mediante el mecanismo de la sentencia anticipada.

La institución como tal apunta a un claro objetivo de política criminal, consistente en que mediante la colaboración del sindicado se le economice tiempo y esfuerzos a la Administración de Justicia en la búsqueda de la verdad material que dio origen a la investigación penal.

En el marco de los anteriores presupuestos si se opta por solicitar sentencia anticipada en la etapa instructiva, es evidente que en consonancia con esa clara finalidad buscada por el legislador, la solicitud debe elevarse antes de que el Fiscal cierre la investigación, es decir, antes de que profiera el auto que declare perfeccionada esa etapa procesal-.

Resulta evidente que si el Estado busca mediante la terminación anticipada del proceso que el organismo judicial encargado de instruirlo renuncie a la búsqueda de pruebas, por que se ha suscitado la declaración voluntaria del procesado, ninguna razón habría para que esa oportunidad se difiera al momento del cierre de la investigación, porque esa "voluntа-

ria" "colaboración" del implicado perdería toda validez frente a una investigación que ya se encuentra perfeccionada, máxime cuando este acto procesal supone la existencia de la prueba suficiente para dar paso a la calificación del mérito del sumario (M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar)." –el subrayado es mío–.

Tan claro fue este unánime pronunciamiento, que con traerlo a memoria me considero relevado de dar explicaciones de más o en complemento de las anteriores, las que con orden y puntualidad, por lo demás, ya encuentro como al principio dije, en el salvamento parcial de voto que suscribe el Magistrado Doctor Dídimo Páez Velandia, y con el cual sigo de acuerdo.

Juan Manuel Torres Fresneda

Magistrado.

LIBERTAD PROVISIONAL/ PENA-Se tiene en cuenta la impuesta por el Tribunal

Con relación a la última hipótesis planteada por la libelista, la cual no fue materia de discusión ni de debate en la decisión que se recurre, debe advertírsele que en virtud de la distribución de funciones judiciales y del esquema de nuestro sistema procesal penal, la sentencia de primera instancia fue revocada por la de segunda, la que se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que solamente se desvirtuaría de resultar próspero el recurso extraordinario de casación.

Por consiguiente, ante dicha jerarquización y estructura, la pena señalada en la sentencia del Tribunal, como juez de segunda instancia, es la que se debe tomar en cuenta para efecto de los cómputos de que trata el numeral segundo del artículo 415 idem y no la fijada en la decisión de primer grado.

Tampoco puede hablarse de "favorabilidad", como lo pretende la peticionaria, pues tal principio sólo es aplicable en el caso de tránsito legislativo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 13969

Aprobado Acta N° 85

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por la procesada Rocío del Pilar Barón Zambrano contra la providencia de fecha 19 de mayo de 1.998, por medio de la cual se negó su libertad provisional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sucintamente, insiste la procesada en que le asisten los presupuestos para que le sea concedida su libertad provisional o le sea sustituida la detención preventiva por la domiciliaria.

Además, estima que si en primera instancia fue condenada a la pena de arresto de veinte (20) meses, por el delito de peculado culposo, y en

segunda se "triplica" a sesenta (60) meses, por tipificarse dentro del peculado por apropiación, ha de ser la primera sentencia la que debe ejecutarse, hasta tanto no cobre ejecutoria el fallo que en la actualidad surte recurso extraordinario de casación, todo por virtud de la "favorabilidad".

2. Los motivos de inconformidad deben resolverse una vez más desfavorablemente a los intereses liberatorios de la peticionaria, como quiera que, como se ha dicho en pasadas oportunidades, aún le faltan más de 12 meses para el cumplimiento del factor objetivo de que trata el artículo 72 del Código Penal, es decir, la reunión de las dos terceras partes de la pena, para entrar en la consideración del factor subjetivo.

Igualmente, como se reiteró en decisión del pasado 2 de junio, no es posible en el trámite de casación, por falta de competencia, pronunciarse sobre aspectos no autorizados por la ley. A contrario sensu, sólo es procedente resolver lo atinente a la causal de libertad contemplada en el numeral segundo del artículo 415 del C. de P. P.

En relación con la última hipótesis planteada por la libelista, la cual no fue materia de discusión ni de debate en la decisión que se recurre, debe advertírsele que en virtud de la distribución de funciones judiciales y del esquema de nuestro sistema procesal penal, la sentencia de primera instancia fue revocada por la de segunda, la que se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que solamente se desvirtuaría de resultar próspero el recurso extraordinario de casación.

Por consiguiente, ante dicha jerarquización y estructura, la pena señalada en la sentencia del Tribunal, como juez de segunda instancia, es la que se debe tomar en cuenta para efecto de los cómputos de que trata el numeral segundo del artículo 415 idem y no la fijada en la decisión de primer grado.

Tampoco puede hablarse de "favorabilidad", como lo pretende la peticionaria, pues tal principio sólo es aplicable en el caso de tránsito legislativo.

En consecuencia, no se accederá a su petición.

Por consiguiente, y en mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal ,

RESUELVE:

1. No reponer la decisión objeto de impugnación.

2. Negar, por absoluta improcedencia, la petición aledañamente formulada por la procesada.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda. Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO-Interés en el Proceso

"Art. 103. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

"1°. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tenga interés en el Proceso".

"2°. (...)".

Tal como la Sala lo tiene establecido, el "interés en el Proceso", erigido como causal de impedimento en la norma transcrita, es aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del Proceso.

Para que la manifestación de impedimento por parte del juzgador, o la recusación que le formulen quienes intervienen en el Proceso, alcancen el fin propuesto -la separación del conocimiento de un determinado asunto-, las taxativas causales que se aludan deben cimentarse en circunstancias que exhiban como particular el interés -no general-, y que por afectarle directa o indirectamente puedan alterar su objetividad en la ponderación de juicio.

El poner en conocimiento de las autoridades competentes hechos que, sin afectarlo directa y personalmente, podrían constituir hipótesis delictivas, no entraña la asunción de una posición judicial determinada que comprometa el criterio del funcionario que así procede, haciendo surgir en él las expectativas a que se ha hecho referencia, pues lo que tal proceder comporta es una relación general y no "intuitu personae", emanada del desempeño de sus funciones, e inidónea por ende para restar libertad de análisis a quien se limitó a cumplir con el deber de denunciar un presunto hecho punible del que "por cualquier medio" tuvo conocimiento (art. 25 del Código de Procedimiento Penal).

Resultaría paradójico, y por ello absurdo, en un plexo normativo que sistemáticamente se construye sobre fundamentos de coherencia, que se ordene al servidor público, de acuerdo con las reglas de competencia, iniciar sin tardanza la investigación de los hechos punibles que por cualquier medio lleguen a su conocimiento, o de no ser competente para ello ponerlos en conocimiento de quien sí lo es, y, a su vez, que el cumplimiento de este deber se constituya en motivo de inhibición para conocer del mismo asunto.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente : Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 14104

Aprobado acta No. 85

1. Asunto

Resolver el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, doctor Uriel Gómez Ceballos para conocer del Proceso adelantado contra Rubén Darío Barco López y Germán Saffón Botero, por los delitos de prevaricato por omisión y daño en los recursos naturales, el cual no fue aceptado por los demás integrantes de la Sala de Decisión Penal.

2. Antecedentes

2.1. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales condenó a Rubén Darío Barco López a las penas principales de un (1) año de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por igual período, como autor del delito de prevaricato por omisión; y a Germán Saffón Botero a un (1) año de prisión, como autor del delito de daño en los recursos naturales (fl. 1.188 c. No. 003).

2.2. Por apelación interpuesta por los defensores de los procesados, las diligencias fueron remitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, correspondiendo por reparto al Magistrado Eduardo Castaño González, quien se declaró impedido para conocer de la causa, argumentando "interés en el Proceso"(art. 103.1 del Código de Procedimiento Penal), "dada la relación contractual que ha surgido entre uno de los implicados en este asunto jurídico y mi pariente consanguíneo".

2.3. La Sala Dual de Decisión Penal aceptó el impedimento propuesto, lo separó del conocimiento del asunto, e integró la Sala de Decisión con el Magistrado Uriel Gómez Ceballos, quien le sigue en turno por orden alfabético (fl. 1304 tb.).

2.4. Aduciendo la misma causal, este Magistrado también se declaró impedido para conocer en segunda instancia de la sentencia proferida. Las siguientes fueron las únicas razones esbozadas para optar tal determinación:

"Como consta en el expediente, fls. 155 a 159, cuaderno No. 1, denuncié, el día dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995), curiosamente el día que se dio apertura a la investigación, como ciudadano y con base en informaciones de prensa que adjunté, uno de los comportamientos de que se trata"(fl. 1308 ib.).

2.3. La Sala Dual de Decisión Penal no aceptó la circunstancia invocada, por cuanto "lo que hace un ciudadano al formular denuncia a raíz de informaciones de prensa, como en la situación del excusante, en un caso que no le concierne personalmente, esto es, no como perjudicado particular, es lo mismo que hace el señor Fiscal competente al iniciar de oficio una investigación. Ambos persiguen que se imparta justicia sancionando al culpable o exonerando al inocente".

Con esas premisas, concluyó:

"El deber de denunciar un hecho punible, emerge para el servidor público (como para 'todo habitante del territorio colombiano'), como un deber legal de ineludible cumplimiento, en cuyo ejercicio no ha de conjugarse causal de impedimento que a todas luces haría negatoria (sic) la preceptiva del artículo 25 procesal penal, en cuanto manda iniciar sin tardanza la investigación si el funcionario tiene competencia para ello, y de contera entrabaría la marcha de la administración de justicia en frente de constantes o sistemáticas inhibiciones de servidores públicos denunciantes de hechos criminosos que deban llegar a su conocimiento por razón del ejercicio de la función que están llamados a desempeñar"(fl. 1313 ib.).

3. Consideraciones de la Corte

La causal de impedimento invocada para el caso presente, es la consagrada en el artículo 103.1 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 15 de la Ley 81 de 1993):

"Art. 103. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

"1°. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tenga interés en el Proceso".

"2°. (...)".

Tal como la Sala lo tiene establecido, el "interés en el Proceso", erigido como causal de impedimento en la norma transcrita, es aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del Proceso.

Para que la manifestación de impedimento por parte del juzgador, o la recusación que le formulen quienes intervienen en el Proceso, alcancen el fin propuesto –la separación del conocimiento de un determinado asunto–, las taxativas causales que se aludan deben cimentarse en circunstancias que exhiban como particular el interés -no general-, y que por afectarle directa o indirectamente puedan alterar su objetividad en la ponderación de juicio.

El poner en conocimiento de las autoridades competentes hechos que, sin afectarlo directa y personalmente, podrían constituir hipótesis delictivas, no entraña la asunción de una posición judicial determinada que comprometa el criterio del funcionario que así procede, haciendo surgir en él las expectativas a que se ha hecho referencia, pues lo que tal proceder comporta es una relación general y no "intuitu personae", emanada del desempeño de sus funciones, e inidónea por ende para restar libertad de análisis a quien se limitó a cumplir con el deber de denunciar un presunto hecho punible del que "por cualquier medio"tuvo conocimiento (art. 25 del Código de Procedimiento Penal).

Resultaría paradójico, y por ello absurdo, en un plexo normativo que sistemáticamente se construye sobre fundamentos de coherencia, que se ordene al servidor público, de acuerdo con las reglas de competencia, iniciar sin tardanza la investigación de los hechos punibles que por cualquier medio lleguen a su conocimiento, o de no ser competente para ello ponerlos en conocimiento de quien sí lo es, y, a su vez, que el cumplimiento de este deber se constituya en motivo de inhibición para conocer del mismo asunto.

De esta manera, como los hechos en que el Magistrado sustenta el impedimento, no entrañan interés particular que desvíe los fines de equidad e imparcialidad que a la Administración de Justicia le son propios, la Sala no lo separará del conocimiento que como juez de segundo grado le compete.

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

RESUELVE:

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el Magistrado Uriel Gómez Ceballos para conocer de este asunto; y en consecuencia, disponer que interverga en su trámite y decisión.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION-Sentencia

No es argumento válido el que se afirme que la sentencia debe ser notificada personalmente al procesado, pues bien sabido es que, de conformidad con el artículo 188 del C. de P. P., esta modalidad es exigida respecto del sindicado que se encuentra privado de la libertad y del Ministerio Público.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 14519

Aprobado acta N° 85

Vistos

Decide la Corte el recurso ordinario de hecho interpuesto contra el auto del 29 de abril del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá declaró improcedente, por extemporáneo, el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes

1. El Juzgado 28 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 2 de mayo de 1997, condenó a José Fernando Parra Hamann a la pena principal de 12 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor del delito de falsedad en documento privado. Así mismo, se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

2. Inconforme con la anterior decisión, el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación, el cual al ser desatado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, el 11 de marzo de 1998, la confirmó en lo fundamental.

3. De acuerdo con las fotocopias aportadas a este diligenciamiento, se observa que el fallo de segunda instancia se notificó por edicto, el cual duró fijado los días 24, 25 y 26 de marzo del presente año.

4. El defensor del procesado, mediante escrito presentado ante la Secretaría del Tribunal el 27 de abril siguiente, a las 4:10 de la tarde, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la citada sentencia.

5. Mediante auto del 29 de abril del mencionado año, el Tribunal Superior declaró "improcedente, por extemporáneo, el recurso"interpuesto, por cuanto se presentó por fuera del término que consagra el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE HECHO

El defensor del procesado sostiene que la sentencia de segundo grado no fue notificada personalmente a su prohijado, "librando la comunicación a mi dirección a Palmira para así intentar el cumplimiento del mandato de la norma sobre la materia en el Código de Procedimiento Penal".

A renglón seguido dice:

"No sobra recalcar, que la norma sobre notificación enseña que preferencialmente se debe intentar la notificación personal, entre otras providencias, -de la sentencia -, y si se fracasa en el intento hacerlo por los otros medios legales y como todo lo primeramente comentado no se hizo en el caso que nos ocupa como consta en la actuación respectiva es por lo que surge como necesario el recurso de hecho".

Estima que la ausencia de la notificación personal conlleva a colegir que el fallo no se encuentra ejecutoriado formalmente, razón por la cual tiene derecho a que se le conceda el recurso extraordinario de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Teniendo en cuenta las constancias procesales que obran en este diligenciamiento y de conformidad con lo establecido en la ley procesal penal, bien puede afirmarse que no le asiste razón al recurrente.

En efecto, proferida el 11 de marzo del presente año la sentencia de segunda instancia y luego de surtirse la notificación personal al Ministerio Público, por Secretaría del Tribunal se procedió a notificar dicha decisión por edicto, el cual duró fijado los días 24, 25 y 26 del mes de marzo.

Implica ello que a partir de la última notificación (26 de marzo), empezó a correr el término de quince (15) días de que trata el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, quedando ejecutoriada la sentencia el 23 de abril, a las seis de la tarde, lapso durante el cual ningún sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario de casación.

Sólo hasta el 27 de abril siguiente, el defensor del procesado Parra Hamann, interpuso el citado recurso, razón por la cual, atinadamente, el Tribunal lo declaró improcedente por extemporáneo.

Vistas así las cosas, no cabe duda que el trámite dado por el Tribunal a la notificación y ejecutoria formal de la sentencia, se ajusta a las previsiones legales.

No es argumento válido el que se afirme que la sentencia debe ser notificada personalmente al procesado, pues bien sabido es que, de conformidad con el artículo 188 del C. de P.P., esta modalidad es exigida respecto del sindicado que se encuentra privado de la libertad y del Ministerio Público.

Sobre el tema la Sala ha sostenido:

"Si se hace un estudio sistemático de todas las normas que regulan las notificaciones dentro del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta, obviamente, las disposiciones de la ley 81 de 1993 que las modificaron, se llega a la conclusión de que por parte del Juzgado 49 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá no se incurrió en omisión alguna, ya que 'la diligencia de citación mediante telegrama' que ordena el artículo 190 del C. de P.P. (subrogado por el artículo 25 de la ley 81 de 1.993), sólo es exigible cuando se trate de notificaciones que por ley deben hacerse personalmente".

"..."

"Además y en este mismo orden de ideas, es pertinente destacar que de conformidad con el artículo 187 del C. de P. P., 'las notificaciones pueden ser personal, por estado, por edicto, por conducta concluyente y por estrados', lo cual corrobora el aserto de la Sala de que no todas las notificaciones previstas en la ley hay que hacerlas personalmente a todos los sujetos procesales, pues de ello no ser así, sobraría la referencia legal a otras formas de notificación distintas de ésta.

"También es importante destacar que si la voluntad del legislador hubiera sido la de que todas las notificaciones tuvieran que hacerse personalmente, no tendría sentido que excluyera de esta forma de notificación a las sentencias, que por su naturaleza son determinaciones de mayor trascendencia que los autos. Y esta afirmación la hace la Corte, teniendo en cuenta que el artículo 25 de la citada ley 81 se refiere sólo a la notificación por estado y no a la notificación por edicto, forma esta última de enteramiento propia de las sentencias de conformidad con el artículo 323 (subrogado por el decreto 2282 de 1989) del Código de Procedimiento Civil, aplicable al Proceso penal en virtud del principio de integración (art. 21 C. de P. P.)".

"Partiendo de esta inicial premisa, hay que entender que el artículo 25 de la citada ley 81 se refiere exclusivamente a las providencias que por mandato legal expreso deben ser notificadas personalmente, y no aquellas otras que por voluntad del legislador se notifican por estado o por edicto. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto 'cuando no fuere posible la notificación personal...', pues éste presupone, necesariamente, que la ley ha ordenado que la notificación sea personal, y que no obstante ello no resulte posible hacer este enteramiento personal. En estos casos y sólo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar 'la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente'".

"La disposición en comento, tiene por finalidad impedir que por la no comparecencia de un sujeto procesal para que se le notifique personalmente lo que por ley debe comunicársele así, se paralice la actuación, como sucedía antes de que existieran estas normas. Ahora basta con que el sujeto procesal sea citado para la notificación personal y si no comparece, 'se hará la notificación por estado que se fijará 3 días después' de la diligencia de citación, salvo que se trate de la notificación de la resolución de acusación que tiene previsto un régimen especial diferente (art. 59 de la ley 81 de 1993), o de la notificación al sindicado que se encuentre privado de la libertad o al Ministerio Público, eventos estos últimos expresamente exceptuados por la norma.

"Más cuando se trata de proveídos que por ley no es necesario que sean notificados de manera personal, no existe obligación alguna de hacer previamente la 'diligencia de citación' a que alude el ya citado artículo 25 de la ley 81. En esta hipótesis, la providencia quedará bien notificada con la sola fijación del estado o del edicto, según el caso"(tutela del 29 de noviembre de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

De manera que teniendo presente que la actuación surtida alrededor de la notificación del citado fallo se sujetó a los parámetros legales, bien puede afirmarse que la impugnación planteada por la defensa fue extemporánea.

Finalmente, cabe advertir que es deber de los sujetos procesales estar pendientes de los términos que se surtan dentro de una determinada actuación, sin que se limiten exclusivamente a que sean avisados por parte de los despachos judiciales, como sucedió en este asunto.

Por lo anteriormente expuesto, no se concederá el recurso extraordinario de casación.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado José Fernando Parra Hamann.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ RESOLUCION DE ACUSACION

La resolución de acusación es el pliego concreto y completo de cargos precisados tanto fáctica como jurídicamente, que se hacen al procesado para que frente a ellos ejerza el derecho de defensa. Pero para que tal derecho tenga cabal operancia, el acusado debe tener certeza sobre las imputaciones hechas, motivo por el cual no se le puede responsabilizar en la sentencia por circunstancias de agravación no deducidas en el calificatorio.

Ha dicho al respecto la Sala: "El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución acusatoria, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas"[*].

El debate que en la fase sumarial fue amplio se circunscribirá a los precisos cargos contenidos en tal decisión. Como consecuencia, la sentencia se limitará a resolverlos, debiendo, por ende, ser congruente con la misma, "sin que pueda introducir hechos no comprendidos en ella, ni cambiar la denominación jurídica, ni deducir agravantes, ni suprimir atenuantes, ni hacer más gravosa la situación del enjuiciado"[**].

Cuando el cargo se imputa, clara e indubitablemente, en el pliego acusatorio, pero por inadvertencia se omite mencionar el precepto que lo describe, no se rompe la armonía que debe existir entre él y la sentencia, pues ello implicaría sacrificar la sustancia por el simple formalismo y lo esencial por lo adjetivo. De ahí que se estime conveniente, pero no necesario, la mención del artículo, parágrafo o inciso contentivo de la agravante específica y de la agravante genérica no objetiva.

---

[*] (Sentencia de agosto 2 de 1995. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel)

[**] (Véase, entre otras: casación 9196, mayo/96. M.P. Dr. Didimo Páez Velandia; auto abril/98, segunda instancia 13.506. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; casación 9915, mayo 20/97. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 9756

Aprobado Acta N° 82 (junio 10 de 1998)

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 29 de abril de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, reduciendo el quantum punitivo, confirmó la condena proferida, el 16 de febrero anterior, por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque contra Víctor Manuel Roa Gámez, como autor del delito de homicidio del que resultó víctima su hermano Guillermo Antonio Roa Gámez.

HECHOS

La sentencia impugnada los sintetizó así:

"En la vereda del Resguardo del Municipio de Garagoa, habitaban los hermanos Víctor Manuel Roa Gámez y Guillermo Antonio Roa Gámez. Según se dice, el padre de estos jóvenes había entregado a los dos para su administración y para que se lucraran de su producido una piscina y un establecimiento de venta de comestibles y bebida, adjunto a ella. Todo parece indicar que el sistema de explotación que en principio convinieron, de pronto dejó de ser aceptable para Guillermo Antonio Roa Gámez y por esto inició una serie de reproches, de ataques verbales y aun de hecho contra su hermano. Los incidentes fueron múltiples. Así las cosas, llegamos al 23 de enero del corriente año. Para esta fecha el padre de los protagonistas de este acontecimiento, celebraba su cumpleaños. Por esta razón vino a reunirse toda la familia y algunos extraños. Las cosas transcurrieron dentro de cierta normalidad durante algunas horas. No obstante esto, ya cuando todo se iba a dar por terminado, surgió un problema entre los hermanos Víctor Manuel y Guillermo Antonio. La agresividad del últimamente nombrado lo llevó hasta atacar a su hermano, golpearlo y finalmente, tomarlo por el cuello en actitud de estrangularlo. Ante esto, varios de los circunstantes actuaron y lograron retirarlo. Cuando Víctor Manuel quedó libre, pasó hacia el interior de la casa, tomó un revólver y lo disparó sobre Guillermo Antonio dándole muerte".

SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN

El 25 de enero de 1993, después de recibir el informe policial sobre la muerte de Guillermo Antonio Roa Gámez y el acta de levantamiento del

cadáver y ser capturado Víctor Manuel Roa Gámez, la Fiscalía 27 del Circuito de Garagoa ordenó abrir la investigación penal.

Se recaudaron los testimonios de las personas que presenciaron los hechos; se escuchó en indagatoria al sindicado Víctor Manuel Roa Gámez a quien se le resolvió la situación jurídica, el 1° de febrero de 1993, profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva.

Recaudados otros elementos probatorios, por auto del cinco (5) de mayo de 1993 se declaró cerrada la etapa de instrucción. En consecuencia, el día 31 de ese mes, el despacho instructor calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Víctor Manuel Roa Gámez, como autor del delito de homicidio de que trata el Libro Segundo, Título XIII, Capítulo I del Código Penal, reconociéndole la atenuante del artículo 60, ibídem.

El procesado, en escrito recibido el 15 de junio de 1993, manifestó que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37 del C. P. P. deseaba pedir la terminación anticipada del Proceso. Al efecto el Fiscal y el sindicado, en presencia del defensor, firmaron un acta de preacuerdo.

La audiencia especial para la terminación anticipada del Proceso se realizó en el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, el que, sin embargo, por auto del 23 de julio de 1993, no aprobó el acuerdo, por cuanto la Fiscalía, entre las rebajas punitivas, solicitó la correspondiente a la confesión que, en criterio del juez de conocimiento, no procedía en este caso, puesto que se trataba de una situación de flagrancia.

La determinación que no aprobó el acuerdo fue apelada y el Tribunal Superior de Tunja la confirmó, mediante pronunciamiento del 7 de septiembre del mencionado año. Por ello, el Proceso pasó a conocimiento del Juez Penal del Circuito de Guateque que, después de celebrada la audiencia pública, dictó sentencia condenatoria contra Víctor Manuel Roa Gámez, el 16 de febrero de 1994, como autor de la muerte de su hermano Guillermo Antonio Roa Gámez. Por tanto, con base en lo dispuesto por los artículos 323 y 324-1 del Código Penal, modificados por los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993, y por haber actuado en estado de ira (art. 60), dosificó la pena principal en trece (13) años y cuatro (4) meses de prisión; por el mismo lapso impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas; y lo condenó a pagar el equivalente a 300 gramos oro, como indemnización de perjuicios morales, y el equivalente a 1.400 gramos oro, por perjuicios materiales.

El defensor apeló la sentencia de primer grado, censurando tres puntos, a saber: que no se reconociera que el procesado actuó en legítima defensa, que se le hubiera condenado por homicidio agravado, cuando la Fiscalía lo acusó por homicidio simple y que no se le hubiera concedido la rebaja de pena por confesión.

En providencia del 24 de abril de 1994, el Tribunal Superior de Tunja resolvió la impugnación denegando la legítima defensa y la existencia de

inconsonancia entre la acusación y el fallo. No obstante, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la institución de la flagrancia, y de conformidad con lo que disponía el Decreto 2700 de 1991, vigente cuando confesó, rebajó una tercera parte de la pena, por razón de tal acto, imponiendo, en definitiva, la de 104 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

La Demanda

El recurrente postula un cargo único, al amparo de la causal segunda de casación, por no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. En su criterio, se violaron los artículos 1°, 7°, 120, numeral 1°, y 127 del Código de Procedimiento Penal que reglamentan el debido Proceso, el principio de no contradicción y las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación y de los Fiscales Delegados ante los Jueces de circuito, municipales y promiscuos. También resultaron vulnerados los artículos 250 y 252 de la Constitución Nacional.

El impugnante desarrolla la censura sosteniendo que el Tribunal Superior de Tunja condenó a Víctor Manuel Roa Gámez por el homicidio agravado que consagra el numeral primero del artículo 324 del Código Penal, siendo que la Fiscalía profirió resolución de acusación por homicidio simple, al estimar que la conducta se ubicaba en lo preceptuado por el artículo 323, ibidem. De esta manera, los jueces de primera y segunda instancia desbordaron los parámetros acusatorios para aplicar una agravante no consignada por la fiscalía acusadora, rompiendo así toda la estructura procesal, en cuanto se refiere a la correlación que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia.

El libelista admite que la resolución de acusación se refirió al parentesco que existía entre la víctima y el victimario, pero aduce que ello se hizo dentro de un contexto naturalístico y no normativo, puesto que ni la parte motiva ni la resolutiva contienen alusión alguna al numeral 1° del artículo 324 del C. P.

Agrega que no se trata de una resolución acusatoria anfibológica, por cuanto muestra una gran claridad en cuanto a los cargos.

Al decir del recurrente, la institución acusadora no le dio trascendencia al parentesco en el campo jurídico, lo que no constituyó una omisión, como lo afirmó el Tribunal, sino una posición activa, en cuanto señaló expresamente que la norma quebrantada era el artículo 323 del Código Penal. No bastaba señalar genéricamente el Título y el Capítulo, sino que aún siendo provisional la calificación, debió establecerse el tipo penal violado, es decir, no imputar simplemente el homicidio, pues podía ser cualquiera de sus dos especies, que son muy diferentes.

La acusación solamente la puede efectuar la Fiscalía y, por ese motivo, el Tribunal no podía tomarse atribuciones, que la ley no le ha conferido,

para acusar por homicidio agravado, aduciendo que el parentesco estaba probado y que la Fiscalía había incurrido en una omisión al no imputar tal especie delictiva.

En este caso, no existía en el ente acusador el menor ánimo de acusar por homicidio agravado, pues el Fiscal 29 Delegado, que intervino en la audiencia pública, ratificó y aclaró que el Fiscal 27 Delegado había proferido la resolución de acusación por homicidio simple.

El actor acusa al Tribunal Superior de Tunja de haber suplantado a la Fiscalía Delegada, de haber usurpado funciones que no le correspondían, haciendo su propia acusación, y de haber incurrido, con ello, en violación de la estructura básica del Proceso, del derecho de defensa y del principio de no contradicción.

El error cometido por el ad quem incidió en forma terminante y desfavorable, violentando ostensiblemente los derechos del procesado, puesto que para graduar la pena modificó el tope mínimo, de tal manera que en lugar de partir de 25 años de prisión, se partió de 40, lo que se traduce en una diferencia de 37 meses en la pena que debe cumplir.

Como sustento de la conculcación del derecho de defensa, el impugnante manifiesta que aun cuando la víctima y el victimario eran hermanos, la defensa no hizo alusión a que ese hecho no trascendía en el campo jurídico, porque la Fiscalía no lo consideró. De haber sido expuesto ese tema, habría podido esgrimir modernas teorías doctrinarias y jurisprudenciales, de acuerdo con las cuales no basta el hecho natural del parentesco para que se configure la agravante, sino que, en el campo jurídico, es indispensable que trasciendan aspectos afectivos, morales, sentimentales y de aprecio familiar.

Ante este quebrantamiento de la armonía procesal, que viola el derecho de defensa y el principio de no contradicción, el actor pide a la Corte casar la sentencia impugnada, para que profiera la de reemplazo, conforme lo establece el artículo 229 del estatuto procesal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público estima que el pliego acusatorio fue claro, explícito y concreto al hacer la imputación al acusado por un delito de homicidio, referido al tipo básico del art. 323 del C. P., sin que excluyera la agravación del numeral 1o. del artículo 324, pues las alusiones al parentesco entre víctima y victimario se encuentran en toda la extensión de la motivación. Luego no se puede concluir que la ausencia de la cita expresa del artículo 324 signifique inconsonancia entre sentencia y acusación.

El conceptuante cita la sentencia del 31 de agosto de 1994, por medio de la cual esta Sala advirtió que no es imprescindible, aunque sí conve-

niente, citar por su nomenclatura el tipo penal vulnerado, por cuanto la denominación jurídica se debe hacer in genere, esto es, mencionando el título y el capítulo del Código Penal al que corresponde el delito.

En lo concerniente a la conculcación del derecho de defensa no tiene sentido la réplica porque de los vínculos entre el agresor y el ofendido se habló en los alegatos de conclusión y en la audiencia pública.

De otro lado, estima inocuo que, en sede de casación, se presente como argumento impugnatorio "la mera accidentalidad de lo que bien había podido alegarse y no se hizo".

Considera que la inconsonancia real que puede existir entre la sentencia y la resolución de acusación, debe abordar íntegramente la imputación y no parcialmente, como la adecuación típica en un determinado precepto.

En el marco de los argumentos esbozados anteriormente, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Sala que no case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala

La consonancia entre la sentencia y los cargos formulados en la resolución de acusación, es una de las formas que adoptó el legislador para garantizar tanto el debido Proceso como el derecho de defensa.

Su carencia es el reproche que el actor dirige contra el fallo de segundo grado proferido en este Proceso por el Tribunal Superior de Tunja, el que fundamenta en que la resolución acusatoria le imputó al procesado el delito de homicidio simple y la sentencia atacada lo condenó por homicidio agravado, sin que en el citado pliego acusatorio se hubiera imputado la agravante del parentesco, ni mencionado el artículo 324, cuyo numeral primero la contempla.

Al respecto la Sala manifiesta que está de acuerdo con el censor en que la falta de consonancia entre los cargos y la sentencia lleva a que el enjuiciado resulte condenado por hechos o circunstancias específicas no contenidas en el pliego acusatorio y los cuales no tuvo la oportunidad de conocer y controvertir.

En efecto, la resolución de acusación es el pliego concreto y completo de cargos precisados tanto fáctica como jurídicamente, que se hacen al procesado para que frente a ellos ejerza el derecho de defensa. Pero para que tal derecho tenga cabal operancia, el acusado debe tener certeza sobre las imputaciones hechas, motivo por el cual no se le puede responsabilizar en la sentencia por circunstancias de agravación no deducidas en el calificatorio.

Ha dicho al respecto la Sala: "El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución acusatoria, en donde el

Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas"[1].

El debate que en la fase sumarial fue amplio se circunscribirá a los precisos cargos contenidos en tal decisión. Como consecuencia, la sentencia se limitará a resolverlos, debiendo, por ende, ser congruente con la misma, "sin que pueda introducir hechos no comprendidos en ella, ni cambiar la denominación jurídica, ni deducir agravantes, ni suprimir atenuantes, ni hacer más gravosa la situación del enjuiciado"[2].

En el presente caso el pliego acusatorio se formuló por el punible de homicidio simple, y aunque se mencionó como realidad natural el parentesco entre víctima y victimario, no se imputó esa circunstancia específica de agravación y, por lo mismo, no se citó el artículo 324-1 del C. P.

La intención de la Fiscalía de no atribuir la agravante resulta no sólo de lo expresado en la resolución de acusación, sino del acta de preacuerdo para terminación anticipada del Proceso y de lo claramente manifestado por la Fiscalía en la audiencia pública, lo que conllevó a que al considerar se por la defensa que no se le había dado trascendencia jurídica al parentesco, por las particulares circunstancias en que se desarrollaron los hechos, no orientó oportunamente su actividad a demeritarla, pues dicha agravante sólo viene a aparecer en la sentencia de primera instancia, con lo que se rompió la estructura del Proceso, se sorprendió al acusado y se vulneró el derecho de defensa.

Desde luego, es preciso aclarar que cuando el cargo se imputa, clara e indubitablemente, en el pliego acusatorio, pero por inadvertencia se omite mencionar el precepto que lo describe, no se rompe la armonía que debe existir entre él y la sentencia, pues ello implicaría sacrificar la sustancia por el simple formalismo y lo esencial por lo adjetivo. De ahí que se estime conveniente, pero no necesario, la mención del artículo, parágrafo o inciso contentivo de la agravante específica y de la agravante genérica no objetiva.

En el evento que nos ocupa, aunque se mencionó la circunstancia del parentesco hubo la clara intención, por parte de la Fiscalía, de no endilgar tal agravante.

En las condiciones precedentes se impone casar la sentencia para armonizarla con la resolución de acusación, en el sentido de sólo condenar por homicidio simple, debiéndose, por ende, ajustar la pena al quantum correspondiente a tal punible.

---

[1] (Sentencia de agosto de 1995. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

[2] (Véase entre otras, casación 9196, mayo/96, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia; auto abril/98, segunda instancia 13.508, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; casación 9845, mayo 20/97, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

En la sentencia de segunda instancia se impuso al procesado la pena de 104 meses de prisión que se dedujeron de la siguiente manera: partiendo de la pena mínima de 40 años de prisión (480 meses), los redujo a la tercera parte por concepto de la atenuante de la ira, resultado que luego redujo en una tercera parte por razón de la confesión, aplicando la rebaja estatuida en el decreto 2700/91, vigente para la época en que confesó.

Siguiendo el mismo criterio se partirá de un mínimo de 25 años que se reducirá a la tercera parte, por razón de la diminuente de la ira, para un guarismo de 100 meses, que rebajados en una tercera parte, por razón de la confesión, nos dará una pena a imponer de 66 meses y 20 días.

En la misma proporción se disminuirá la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

El monto de los perjuicios materiales y morales no se alterará.

Con estas motivaciones, y en desacuerdo con el Procurador Delegado, el cargo formulado prospera.

En mérito de lo anteriormente 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:

CASAR el fallo impugnado y en su lugar fijar como pena principal para el procesado Víctor Manuel Roa Gámez 66 meses y 20 días de prisión y el mismo lapso para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, José Ignacio Talero Lozada, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Incidentes ajenos al recurso/ **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**-Cambio

Esta Sala ha sostenido en varias oportunidades que no le asiste competencia para resolver incidentes, peticiones y trámites ajenos a la esencia del recurso extraordinario de casación, cuando por razón del mismo, el Proceso se encuentre ante esta Corporación.

Excepcionalmente se ha manifestado la posibilidad de resolver solicitudes de libertad cuando se trate de las eventualidades señaladas en el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el legislador dispuso en la misma norma que la decisión atinente a la libertad provisional por pena cumplida, será tomada en cualquier estado del Proceso.

Como corolario de lo anterior se infiere que la Corte carece de facultad para decidir sobre la sustitución de la medida de aseguramiento, pues la competencia durante el trámite de la casación se limita a las cuestiones inherentes al recurso mismo, sin que pueda revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de tal medida, ya que ello implicaría formular, prematuramente, juicios de valor sobre la juridicidad de la sentencia censurada.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D. C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 13984

Aprobado acta N° 88

VISTOS

Resuelve la Sala la petición de "sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria", que formula el procesado Miguel Angel Cruz Baquero, recluido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad.

LA CORTE CONSIDERA

1. El procesado solicita se le permita cumplir su detención preventiva en su residencia, argumentando para ello su completa inocencia y la se-

guridad de que "cumpliré fielmente todas las obligaciones que me sean impuestas y que no los defraudaré". Además de permitírsele estar junto a su familia para que su esposa pueda trabajar, colaborando para evitar el hacinamiento carcelario.

En el escrito presentado, el libelista formula varias inquietudes en torno a la apreciación y valoración probatoria que finalmente llevaron a los sentenciadores a condenarlo por el delito de secuestro extorsivo, las cuales espera sean tenidas en cuenta al momento de resolverse el recurso extraordinario de casación.

2. Esta Sala ha sostenido en varias oportunidades que no le asiste competencia para resolver incidentes, peticiones y trámites ajenos a la esencia del recurso extraordinario de casación, cuando por razón del mismo, el Proceso se encuentre ante esta Corporación.

Excepcionalmente se ha manifestado la posibilidad de resolver solicitudes de libertad cuando se trate de las eventualidades señaladas en el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el legislador dispuso en la misma norma que la decisión atinente a la libertad provisional por pena cumplida, será tomada en cualquier estado del Proceso.

Como corolario de lo anterior se infiere que la Corte carece de facultad para decidir sobre la sustitución de la medida de aseguramiento, pues la competencia durante el trámite de la casación se limita a las cuestiones inherentes al recurso mismo, sin que pueda revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de tal medida, ya que ello implicaría formular, prematuramente, juicios de valor sobre la juridicidad de la sentencia censurada.

Igualmente, debe advertírsele al procesado, en relación con la petición formulada en torno al estudio de la apreciación y valoración probatoria, que ello no puede ser motivo de pronunciamiento previo al fallo correspondiente, lo cual se hará siempre y cuando los límites y estructura del recurso extraordinario de casación lo permitan.

Por consiguiente, y en mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, NIEGA la petición elevada por el procesado Miguel Angel Cruz Baquero.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos

Respecto de los requisitos formales para la admisión del recurso de casación discrecional, múltiples han sido las decisiones de la Sala en torno al tema. Basta citar el pronunciamiento del 1° de marzo de 1996, en el que se dijo:

"1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a seis años; o no privativa de la libertad; y si lo fue por el circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

"2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P.P.).

"3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, el Procurador o su Delegado (art. 218 ibidem, subrogado por la ley 81 de 1993, art. 35).

Como lo ha repetido la Sala, para que proceda la casación discrecional, no basta que se diga sobre qué aspecto particular se demanda el pronunciamiento, sino de qué manera la decisión de la Corte permitiría una solución distinta y favorable al caso concreto, lo que implica que debe existir íntima relación entre el desarrollo jurisprudencial solicitado y la resolución judicial que se busca demandar en casación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 14473

Aprobado acta N° 89

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el defensor de la proce-

sada Luz Dyriam Bermúdez Londoño, en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 18 de marzo de 1998, mediante la cual le impartió confirmación integral al fallo emitido en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito (Huila), por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado 2°. Penal del Circuito de Pitalito, mediante sentencia dictada el 15 de diciembre de 1997, condenó a Luz Dyriam Bermúdez Londoño a la pena principal de un año de prisión, como autora del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, descrita en el artículo 201 del C. P., modificado por el Decreto 3664 de 1986.

2. Apelada la anterior decisión por el defensor de la procesada, el Tribunal Superior de Neiva, al desatar el recurso, concluyó con la confirmación del fallo, mediante providencia que lleva fecha del 18 de marzo de 1998.

3. Dentro del término legal, el defensor de la sentenciada, mediante escrito presentado el 24 de abril siguiente, manifiesta que interpone el recurso extraordinario de casación "de manera excepcional", bajo las siguientes argumentaciones:

Dice el libelista que en el fallo condenatorio, tanto de primera como de segunda instancia, los sentenciadores reconocen la existencia de un comportamiento ciertamente delictivo al portar ilegalmente un arma, pero sometido y guiado por un estado de perturbación anímica, como lo es la ira, diminuente punitiva consagrada por el legislador en el artículo 60 del C. P., la cual afectó a la procesada cuando fue informada que su esposo se encontraba en casa de lenocinio yaciendo en lecho de meretriz.

No obstante lo anterior, los sentenciadores hacen a un lado su consideración, ya que exigen que dentro del Proceso se hubiese aceptado y "alegado expresamente"el actuar obnubilado y sometido a la perturbación mental transitoria.

Tal exigencia, en criterio del defensor, es equivocada, por lo que se justifica el pronunciamiento jurisprudencial, como quiera que aun cuando no hubiese sido traída al debate, debió ser objeto de investigación dentro del Proceso, lo cual no ocurrió y antes por el contrario se cimenta en presupuestos no contemplados por la ley, lesionando con ello el derecho al debido Proceso por ausencia de investigación integral.

Considera el libelista que también se justifica la concesión del recurso para establecer las diferencias entre el estado de ira que aminora la pena (artículo 60 del C. P.) y la eventual posibilidad de que ese estado de ira "excluya el delito", como presupuesto de "inculpabilidad".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Respecto de los requisitos formales para la admisión del recurso de casación discrecional, múltiples han sido las decisiones de la Sala en torno al tema. Basta citar el pronunciamiento del 1° de marzo de 1996, en el que se dijo:

"1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a seis años; o no privativa de la libertad; y si lo fue por el circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

"2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P. P.).

"3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, el Procurador o su Delegado (art. 218 ibidem, subrogado por la ley 81 de 1993, art. 35).

En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales no hay reparo, como quiera que se reúnen a cabalidad.

Sin embargo, el que no se encuentra reunido es el presupuesto sustancial consistente en que se sustente en debida forma, lo que significa señalar con precisión los motivos que se tienen para su aceptación, como lo son el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para precisar el alcance interpretativo de alguna disposición o para reorientarla o unificarla, o para argüir la vulneración de los derechos fundamentales.

Es en este aspecto donde falla la argumentación, pues la expuesta por el libelista no se ajusta a la realidad procesal.

En efecto, parte de afirmar que la razón de los juzgadores para el no reconocimiento del estado de ira en favor de la procesada, fue la exigencia de que así debió manifestarlo desde el mismo instante en que aceptó la comisión del hecho, lo cual no es exacto, pues el fallo, en la inescindibilidad de las dos piezas procesales que lo constituyen, muestra que si bien es cierto los sentenciadores sí se refirieron a tal aspecto, el fundamento de su rechazo lo radicaron en que no hubo un estado de ira sino que la acusada actuó de manera consciente y premeditada, en una actitud retaliativa, que califican de estado pasional muy distinto del emocional de la ira.

De lo anterior, entonces, se concluye que la argumentación esgrimida por el defensor para que sea aceptado el recurso extraordinario de casación, carece de solidez, frente a la realidad procesal.

Y es que, como lo ha repetido la Sala, para que proceda la casación discrecional, no basta que se diga sobre qué aspecto particular se demanda el pronunciamiento, sino de qué manera la decisión de la Corte permi-

tiría una solución distinta y favorable al caso concreto, lo que implica que debe existir íntima relación entre el desarrollo jurisprudencial solicitado y la resolución judicial que se busca demandar en casación.

Si para el caso que ocupa la atención, ha quedado claro que no fue motivo para denegar el reconocimiento de la ira, como diminuente o como excluyente de la imputabilidad, la exigencia de que así se alegara desde un comienzo, inane resultaría para el procesado que este tribunal de casación se pronunciase sobre tal criterio, en el supuesto de que aun no lo hubiere hecho.

Igual observación debe hacerse en lo atinente a la pretensión de que la jurisprudencia diferencie entre la ira como diminuente de pena y la eventual posibilidad de que sea excluyente de culpabilidad.

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

RESUELVE:

No conceder el recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el defensor de la procesada Luz Diryam Bermúdez Londoño

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ FALSEDAD EN DOCUMENTO-Como se prueba

La Corte siempre ha llamado la atención sobre la necesaria diferencia conceptual y práctica entre las dos formas de violación previstas en los dos incisos del numeral 1 del artículo 220 del C. P. P. (directa e indirecta), pues la primera supone una conformidad absoluta del recurrente con los hechos y la prueba, de modo tal que el debate se circunscribe a la aplicación del derecho. Cuando se ha proclamado la transgresión directa, a pesar de lo cual el actor intercala reparos sobre la formación o mérito de la prueba, se incurre en fatal contradicción porque este segundo matiz indica un ataque integral sobre los hechos y el derecho, y no solamente en relación con el segundo.

La falsedad de documentos que puedan servir de prueba no se establece con meras afirmaciones de las partes, pues el Código de Procedimiento Civil determina todo un procedimiento incidental denominado "tacha de falsedad", cuyo final señala lo pertinente.

El falso juicio de identidad se caracteriza por una operación puramente material de desfiguración del medio de convicción; al paso que el falso juicio de legalidad tiene que ver con una afrenta al método de formación de las pruebas.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y ocho. (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 14355

Aprobado Acta N° 89

VISTOS

El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá dictó sentencia de segunda instancia, el 11 de septiembre de 1997, por cuyo medio confirma el fallo condenatorio de primer grado emitido por el Juez Primero Penal del Circuito de la ciudad, según el cual el procesado José de Jesús Pintor Cruz es responsable de dos hechos punibles de homicidio, uno doloso y otro culposo,

y otro de lesiones personales culposas, todos conocidos dentro de un trámite de causas acumuladas, declaración que trajo como consecuencia la imposición de una pena principal de veintisiete (27) años de prisión y multa de diez mil pesos ($10.000.oo); también las sanciones accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años y suspensión en el ejercicio de la actividad de conducción por un lapso de cinco (5) años.

Así mismo, las instancias determinaron que el procesado y el señor Alfonso Rincón Torres, en su condición de tercero civilmente responsable, debían pagar solidariamente el valor de los perjuicios ocasionados por la conducta culposa en la cual perdió la vida Luis Alberto Rodríguez Merchán; a la vez que se inhibió de dictar sentencia por daños en relación con la señora Luz Mery Linares Bolaños y absolvió por el mismo concepto a la Compañía de Financiamiento Comercial Leasing Desarrollo S. A., Findesarrollo. Igual solidaridad se decretó para lograr el pago de los perjuicios al lesionado Leonel Esneider Garzón Linares.

En relación con el comportamiento doloso de homicidio que recayó en la persona de Jorge Ladino Sanabria, los juzgadores también impusieron la obligación reparatoria en contra del acusado.

Pues bien, han presentado sendas demandas de casación el apoderado de la parte civil, que representa los intereses de perjudicados con la muerte de Luis Alberto Rodríguez Merchán, y la defensora del procesado Pintor Cruz. Se proveerá entonces sobre los requisitos formales de ambos libelos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los distintos acontecimientos delictivos que se investigaron separadamente, pero sometidos después a juicio unificado, se han presentado por el Tribunal de la siguiente manera:

"1. Hacia las 9 de la noche del 29 de mayo de 1994, José de Jesús Pintor Cruz, encontrándose a la conducción del bus ejecutivo de placas SEP-842 que llevaba dirección sur-norte por la carrera 30 de esta ciudad, debido a la mayor velocidad que le imprimía y al desconocimiento del semáforo allí existente que le impedía continuar, colisionó en la Avenida 6ª el campero Mitsubishi de placas BBB-426 que se desplazaba en sentido occidente-oriente al manejo de Yesid Rincón Zárate, resultando lesionados Luz Mery Linares Bolaños y Leonel Esneider Garzón Linares, también ocupantes del campero. Del mismo modo, a causa de la colisión, el pasajero del ejecutivo Luis Alberto Rodríguez Merchán salió despedido por el vidrio panorámico yendo a estrellarse contra el pavimento, pasándole por encima el bus, recibiendo así heridas que de inmediato determinaron su muerte.

"... 2. El segundo episodio objeto de juzgamiento, se presentó al iniciar la madrugada del 15 de diciembre de 1995, en la Avenida Caracas con calle 27 sur, cuando el mismo Pintor Cruz manejando el bus ejecutivo de placas SFF-463, bajo los efectos del alcohol y de la marihuana, a exceso de velocidad y con violación del semáforo allí existente que lo obligaba a parar, atropelló al motociclista Jorge Ladino Sanabria, causándole lesiones que fueron las determinantes de su muerte. No obstante esto, siguió su marcha y sólo se detuvo, luego de permitir que los pasajeros se apearan, cuando taxistas más adelante se cruzaron en su camino para impedir que huyera".

En cuanto al primer episodio, el Fiscal 38 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito dictó resolución de acusación en contra del vinculado José de Jesús Pintor Cruz, el 26 de mayo de 1995, como autor de un concurso de hechos punibles de homicidio y lesiones personales culposos (fl. 447). En virtud del recurso de apelación interpuesto, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales proveyó en segunda instancia, el 23 de agosto del mismo año, decisión en la cual sostuvo la acusación por la primera infracción y las lesiones padecidas por Leonel Esneider Garzón Linares, mas amuló el decisorio en relación con las irrogadas a la señora Luz Mery Linares Bolaños (fl. 513).

Y en relación con el segundo hecho, el Fiscal 30 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito profirió resolución de acusación fechada el 24 de julio de 1995, por el delito de homicidio con dolo eventual, determinación que fue confirmada por la Unidad de segunda instancia en providencia del 29 de agosto del mismo año (fs. 192 y 228).

Examen Preliminar de las Demandas

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal consagra las formas básicas de la demanda de casación, tanto para corresponder a la naturaleza rogada de todo recurso como para cumplirle al carácter extraordinario del que nos ocupa, distinción esta que es consecuencia directa del respeto a la actividad jurisdiccional de las instancias.

Pues bien, el apoderado de la parte civil cuestiona la exención de responsabilidad que el sentenciador hizo en favor de la Compañía de Financiamiento Comercial Leasing Desarrollo S. A., como tercero civilmente responsable, y para hacerlo se acoge principalmente a la violación directa de la ley sustancial (causal 1ª) y, de manera subsidiaria, a la transgresión indirecta por error de hecho como falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba. Aduce que el sustrato jurídico de la sentencia consiste en que la demandada probó, por medio de un contrato de arrendamiento, que ella como arrendadora se había desprendido del cuidado y guardia del vehículo involucrado, en beneficio del arrendatario Alfonso Rincón Torres, sustento que el recurrente pretende desvirtuar en la demanda que ensaya.

El impugnante estima que se han violado en forma directa los artículos 2° de la Constitución Política; 2341, 2343, inciso 2, 2347 y 2356 del Código Civil; 991, inciso 1, 1005, inciso final y 1006 del Código de Comercio; 117 de la Ley 33 de 1986 y 261 del Decreto 1344 de 1970. Aquí aparece la primera equivocidad del escrito, que impide su análisis de fondo, porque, a pesar de citar el contenido íntegro de las normas presuntamente transgredidas, el actor no indica el sentido de la violación. Es decir, no se sabe si el Tribunal dejó de aplicar cualquiera de ellas o todas; o si, por el contrario, las aplicó indebidamente; o, como tercera eventualidad, si incurrió en interpretación errónea de las mismas.

Le faltó al recurrente claridad y precisión sobre la presunta vulneración de ese cúmulo de preceptos, elemento indispensable para la admisión del recurso extraordinario, porque el planteamiento genérico no alcanza a demostrar si en realidad hubo violación de la ley por parte del Tribunal. Además, como ni siquiera se pone en juego la argumentación o los vacíos de razonamiento palpables en el fallo que se cuestiona, no va a ser posible apreciar un yerro evidente en la aplicación del derecho que justifique la intervención reparadora de la Corte de Casación.

La señalada deficiencia en la fundamentación de la violación directa, se agrava por las confusiones o desvíos posteriores en la pregonada demostración del recurrente, pues aduce que el contrato de arrendamiento que sirvió de soporte a la decisión liberatoria del Tribunal sólo aparecía firmado por uno de los contratantes, el arrendatario, situación que pone de presente la "inexistencia" del instrumento privado por falta de sus requisitos esenciales, de conformidad con los artículos 826 y 827 del Código de Comercio. Esta manifestación, sin mayores elucubraciones, cubre una supuesta inconformidad por violación indirecta de la ley sustancial, concretamente como error de derecho por falso juicio de legalidad, dado que, según lo sugiere perfunctoriamente el impugnante, media la apreciación imposible de una prueba que no ostentaba la suficiencia legal.

La Corte siempre ha llamado la atención sobre la necesaria diferencia conceptual y práctica entre las dos formas de violación previstas en los dos incisos del numeral 1 del artículo 220 del C. P. P. (directa e indirecta), pues la primera supone una conformidad absoluta del recurrente con los hechos y la prueba, de modo tal que el debate se circunscribe a la aplicación del derecho. Cuando se ha proclamado la transgresión directa, a pesar de lo cual el actor intercala reparos sobre la formación o mérito de la prueba, se incurre en fatal contradicción porque este segundo matiz indica un ataque integral sobre los hechos y el derecho, y no solamente en relación con el segundo.

Ahora bien, no se trata de una insustancial discrepancia entre el enunciado (violación directa) y su posterior desarrollo (violación indirecta), porque finalmente el censor insiste en la postura inicial, cuando dice que el

fallo dejó de aplicar los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356 del C. C., respecto de la Compañía de Financiamiento Comercial, a sabiendas de que quienes cometieron el hecho eran dependientes suyos.

Mas la confusión crece al examinar el cargo subsidiario, expuesto como violación indirecta por un error de hecho en la apreciación de la prueba, concretamente como falso juicio de identidad. Aquí se sostiene que en el Proceso se hizo valer otro contrato de arrendamiento suscrito por el representante legal de la Financiera demandada, señor *Félix Gómez Prada*, elaborado con posterioridad a la fecha del siniestro automotor, y, como quiera que la firma del funcionario no es la misma que utiliza en todos sus actos públicos, tal documento entonces puede contener una falsedad material.

Si en gracia de discusión se asume que el segundo contrato de arrendamiento que se menciona está adulterado, a pesar de lo cual fue apreciado con fines probatorios por los jueces, la inquietud relevante para este acto de iniciación del recurso radicaría en la consistencia del falso juicio de identidad en esa actitud, como motivo de casación, porque dicho yerro se define doctrinariamente como la intensificación absurda o la disminución arbitraria de los contenidos fácticos de la prueba, como obra del juzgador, y en la hipótesis planteada éste recibió el documento tal como fue aportado por los interesados, sin que se haya señalado en parte alguna que el funcionario judicial le hizo agregados o recortes de su propia cosecha. Además, La falsedad de documentos que puedan servir de prueba no se establece con meras afirmaciones de las partes, pues el Código de Procedimiento Civil determina todo un procedimiento incidental denominado "tacha de falsedad", cuyo final señala lo pertinente, pero ocurre que el actor en este caso nada arguye sobre la realización o los resultados de dicho rito (arts. 289-293).

El recurrente apenas intenta una aproximación para hacer ver el anhelado falso juicio de identidad, cuando sostiene que el representante legal de la demandada "procedió a acomodar el contrato de arrendamiento para de esta manera lograr convencer al juzgador, *tergiversando de alguna manera el contexto de la realidad*, en la cual el juzgado de primera instancia tomó al presunto arrendatario como dueño y señor del vehículo..."(fl. 57. Se ha resaltado). A pesar de la genérica insinuación de tal modalidad del error de hecho, nuevamente el actor incurre en el desatino de querer explotar una tergiversación que pone directamente en cabeza de la parte, cuando la distorsión de pruebas repudiable en casación es la que proviene del fallador. Por lo demás, la apreciación de una prueba mistificada, si es que se demuestra la alteración por el procedimiento adecuado, puede conducir a un reparo por falso juicio de legalidad (no de identidad), supuesto que en esa eventualidad el sentenciador admite y otorga valor probatorio a un medio de convicción que legalmente carece de él por falta de autenticidad.

Pues bien, en el mismo acápite de la violación indirecta por falso juicio de identidad, el actor retoma como fundamento de su alegación la presunta ilegalidad del primer contrato de arrendamiento, basada en la falta de firma de la entidad arrendadora, manifestación que agudiza el trastrocamiento de los sentidos de la vulneración a la ley, pues francamente no distingue ni contextualiza las situaciones de hecho y las de derecho que le preocupan. En efecto, el falso juicio de identidad se caracteriza por una operación puramente material de desfiguración del medio de convicción; al paso que el falso juicio de legalidad tiene que ver con una afrenta al método de formación de las pruebas.

Merced a la confusión que campea en la demanda, no es posible desentrañar las características del camino que realmente prefiere el impugnante, razón suficiente para rechazar in limine el libelo y declarar desierto el recurso.

La demanda presentada por la defensora, en cambio, reúne a satisfacción las exigencias mínimas de forma que contempla el artículo 225 y, en consecuencia, se admitirá.

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

RESUELVE:

Primero. *Rechazar in limine* la demanda presentada por el señor apoderado de la parte civil y, como consecuencia, se declara desierto el recurso de casación interpuesto.

Segundo. Declarar ajustada la demanda de casación formulada por la defensora del procesado José de Jesús Pintor Cruz. En razón de ello, se dará traslado del expediente al Procurador Delegado en lo Penal, por el término de 20 días, con el fin de que emita concepto previo.

Tercero. De acuerdo con los artículos 186, 197 y 226 del C. P. P., en relación con esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FUERO-Congresista/ COMPETENCIA-
Corte Suprema de Justicia

Debe recordarse que la causal de nulidad que primeramente invoca el censor, es por incompetencia, habida cuenta de que estima que la Constitución derogada en su artículo 107, vigente por la época de los hechos, disponía que los miembros del Congreso no podían ser aprehendidos ni llamados a juicio sin permiso de la Cámara a que pertenecieran, por cuya razón esta regla debía ser aplicada a la hora de ahora y por Juez inferior a la Corte, ante el cual pudiera actualizar los recursos ordinarios y los extraordinarios.

A este propósito debe igualmente la Corte recordar que la Carta Política en cita, tuvo vigencia hasta el mes de julio de 1991, al ser derogada expresamente por la que la sucedió y que al tiempo de este tránsito de legislación no resultaba posible la aplicación del artículo 107 invocado, toda vez que a la sazón la investigación estaba aún a cargo de la Procuraduría General de la Nación, ente que no era el llamado a aplicar, por elementales razones, las previsiones de este canon constitucional, y que sólo hasta el 6 de mayo de 1992 remitió la actuación a esta Corporación por encontrarse la comisión de hechos sometidos a su competencia.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 8041

Aprobado Acta No. 90

Decide la Corte el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de fecha tres de junio del presente año, mediante la cual se denegó la declaratoria de nulidad formulada por el imputado doctor Jorge Tadeo Lozano y se rechazó la práctica de algunas pruebas.

ANTECEDENTES

1- La Sala, en la resolución arriba señalada, no aceptó la solicitud de nulidad planteada por el procesado dentro del término establecido por el

artículo 446 del C. de P. P., por incompetencia de la Corte, por violación al principio non bis in idem y por violación al debido Proceso, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.1 No hubo incompetencia de la Corte al aprehender el conocimiento de la investigación adelantada contra el ex congresista imputado, porque si bien era verdad que la Constitución derogada preveía el juzgamiento de los aforados por jueces de inferior jerarquía, con el simple presupuesto de que no podían ser aprehendidos ni llamados a juicio sin que mediara permiso de la Cámara a que pertenecieran, también era exacto que fue voluntad del nuevo constituyente asignar la competencia de los congresistas, dada su alta investidura, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mandato de inmediata aplicación no sólo porque al referirse a temas de competencia sus disposiciones son de orden público, sino porque la Constitución que entró a regir derogó toda norma que le fuera contraria, siendo reemplazadas por las nuevas, las cuales vienen siendo rigurosamente atendidas por la Sala en el trámite de este Proceso.

1.2 No existió violación al principio non bis in idem, porque, de un lado, no se puede oponer al adelantamiento de un Proceso el simple proferimiento de un auto inhibitorio ya que decisión de esta naturaleza no hace tránsito a cosa juzgada, y porque, de otro lado, no es cierto que tal medida se hubiera dictado en relación con los hechos aquí investigados;

1.3 No hubo violación al debido Proceso por la circunstancia de que el H. Magistrado doctor Carlos Gálvez Argote, quien se hallaba separado de este Proceso por impedimento aceptado por la Sala, hubiera firmado la providencia mediante la cual se denegó la reposición de la resolución de acusación dictada contra el procesado, por cuanto ello obedeció a la circunstancia fortuita a que se refirió el señor Presidente de la Sala en constancia dejada con posterioridad a su ocurrencia.

2. Algunas de las pruebas peticionadas por el inculpado no se admitieron porque, parte ya obraban en el Proceso, y las otras porque no se dirigían a clarificar los hechos por los cuales se había convocado a juicio al ex congresista.

3. El recurso de reposición lo sustenta el procesado, aduciendo las siguientes razones:

3.1 Sostiene que la llamada indagación preliminar también hace parte del debido Proceso, con apoyo en cita que hace de sentencia de la Corte Constitucional, y que de acuerdo con Tratados y Convenios Internacionales "..que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno y, además, todos los derechos y deberes consagrados en la Constitución deben interpretarse de conformidad con ellos (art. 93 C. P.)...".

En sustento de que existen normas de carácter internacional que dan prelación al derecho de ser juzgado por ley anterior al acto imputado, cita

disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Tratados y Convenios Internacionales, en punto a que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos, a la privación de libertad del imputado en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes, a que la persona imputada tiene derecho a ser escuchada en forma imparcial y pública y a ser juzgada por Tribunales establecidos y, en general, sobre la legalidad de los delitos y de las penas.

De ahí extrae como consecuencia que "... En materia de derechos procesales, de garantías judiciales, relacionados todos con el derecho fundamental a un "debido Proceso", es de bulto que el cambio, en cuanto a los congresistas, desmejoró apreciablemente, no por el nivel académico, intelectual y jerárquico del nuevo Juez natural, en lo cual coincidimos con la Sala, sino en el quantum y la naturaleza de aquellos derechos y garantías que se pierden con la nueva competencia de instancia única; recursos tan fundamentales como la apelación, la súplica, la casación y la revisión; y garantías de tanta entidad como el 'control de legalidad', desaparecen...".

3.2 Insiste en que existió violación al principio *non bis in idem*, porque "...todos los hechos que correspondían a las tres (3) imputaciones provenían de aquella etapa de la investigación –se refiere a la indagación preliminar–; todos, sin excepción. Y todos ellos, igualmente, estuvieron a estudio de la Sala en las dos (2) ocasiones en que concluyeron con autos inhibitorios...".

3.3. Reitera, igualmente, que al haber suscrito el H. Magistrado Gálvez Argote con posterioridad al impedimento el proveído mediante el cual no repuso la Sala la resolución de acusación, se cometió acto irregular susceptible de corrección únicamente por el Juez a través de resolución y no por medio de constancias.

4. En cuando a las pruebas cuya práctica se rechazó, por ya obrar dentro del Proceso, señala para cada una en demostración de su conducencia , que "...hay hechos nuevos ocurridos con posterioridad a sus anteriores versiones, relacionados con la representación de las fundaciones; además parte de estos testimonios se tomaron sin contradicción ni publicidad por funcionarios de la Procuraduría...", y para la hacer ver la procedencia de las nuevas, sostiene que debía escucharse en testimonio a Presidentes de las fundaciones, secretarias y auxiliares de contabilidad, arquitectos y maestros de obra, rectores y trabajadora social de los colegios que funcionan en uno de los inmuebles de las fundaciones, a abogado suyo ante la Caja Agraria, al gerente o Administrador de la Voz del Chocó, al ex gerente del Banco del Comercio, para que depongan sobre la creación y funcionamiento de fundaciones, los pagos hechos a terceros, sobre propiedad y funcionamiento de colegios, sus relaciones financieras con entidad bancaria, etc.

Sobre estas bases, pide que se reponga el proveído impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al establecer la ley el recurso de reposición y señalar al mismo funcionario que dictó el acto atacado como competente para realizar reexamen de su decisión, no supone ello desgaste estéril para éste, sino que la lógica del recurso entraña que el reposicionista debe llenarse de más y mejores razones encaminadas a persuadir sobre que la inicial determinación debe ser objeto de abrogación, modificación, adición, etc.

Tal orientación no guía al censor en este caso, pues el recurso lo ha utilizado más como instrumento dilatorio que por la inspiración de buscar el reconocimiento de algún derecho y de obtener, por medio de la impugnación, una decisión favorable a sus intereses.

Y esta convicción la adquiere la Sala no sólo por los ambiguos comentarios que hace en torno a lo que constituye el debido Proceso, sino porque pretende remitir su violación acudiendo, incluso, a Tratados y Convenios internacionales, sobre la legalidad de los delitos y de las penas, y a la necesidad de que el acusado sea oído por sus jueces, cuando sobre estos aspectos, ningún reparo formula al trámite de su Proceso. Y mal podía hacerlo, porque desde la actuación de naturaleza administrativa levantada por la Procuraduría General de la Nación por imputaciones que se le hacían hizo intervención personal y directa, no sólo en la producción de las pruebas, sino en el debate u oposición que hizo de las mismas, derecho mismo que ejercitó al darse traslado a la jurisdicción penal en su etapa preliminar y luego cuando, de cara al Proceso penal, se le escuchó en descargos y se le resideció en juicio por precisos hechos que, a tiempo de su ocurrencia, estaban reprimidos con penas en el catálogo de delitos.

Debe la Sala, no obstante el desenfoque total de las argumentaciones del censor, resolver el recurso atendiendo el fondo de sus pretensiones.

1. Debe recordarse que la causal de nulidad que primeramente invoca el censor, es por incompetencia, habida cuenta de que estima que la Constitución derogada en su artículo 107, vigente por la época de los hechos, disponía que los miembros del Congreso no podían ser aprehendidos ni llamados a juicio sin permiso de la Cámara a que pertenecieran, por cuya razón esta regla debía ser aplicada a la hora de ahora y por Juez inferior a la Corte, ante el cual pudiera actualizar los recursos ordinarios y los extraordinarios.

A este propósito debe igualmente la Corte recordar que la Carta Política en cita, tuvo vigencia hasta el mes de julio de 1991, al ser derogada expresamente por la que la sucedió y que al tiempo de este tránsito de legislación no resultaba posible la aplicación del artículo 107 invocado, toda vez que a la sazón la investigación estaba aún a cargo de la

Procuraduría General de la Nación, ente que no era el llamado a aplicar, por elementales razones, las previsiones de este canon constitucional, y que sólo hasta el 6 de mayo de 1992 remitió la actuación a esta Corporación por encontrarse la comisión de hechos sometidos a su competencia.

No ha sido materia de discusión que en la fase preliminar de la investigación es susceptible el debate probatorio, y muestra de ello es que el reposicionista en ese período intervino criticando los medios de información que lo inculpaban y protestando su inocencia. Lo que sí está fuera de toda duda, es que el artículo 107 de la Constitución derogada no resultaba aplicable en la etapa de investigación preliminar, sino a partir de la existencia del Proceso propiamente dicho, pues sólo durante su trámite es concebible la aprehensión del procesado -a menos que lo fuera en flagrante delito- y su llamamiento a juicio, para que se posibilitara así mismo el permiso consiguiente de la Cámara a que perteneciera el congresista, a términos de dicho precepto. Y si se atiende que en este caso se abrió Proceso el 16 de marzo de 1994, resulta insólita la pretensión de revivir norma que dejó de regir en julio de 1991 por disposición expresa constitucional.

Ahora, en vista de que el procesado invoca la aplicación de la norma más favorable en el tránsito de legislación a manera enunciativa, la nueva ley resulta más rigurosa, en los siguientes casos:

-Cuando considera como punible lo que no lo era en la legislación anterior;

-Cuando suprime alguna causa de exención de responsabilidad o extintiva de la pena aplicables, al caso de que se trate, según la legislación anterior;

-Cuando toma en consideración alguna circunstancia agravante no aplicable al delito en cuestión, o cuando la hace extensiva a otros punibles;

-Cuando deja de apreciar alguna circunstancia de atenuación aplicable al ilícito debatido, según la legislación anterior, o restringe su campo de acción;

-Cuando, en fin, sustituye una pena de multa por privativa de la libertad, o mantiene su categoría, pero aumentando su *quantum*.

Ninguno de estos supuestos es predicable en el caso a estudio, porque lo único que hizo la nueva Constitución fue asignar competencia a una colegiatura para conocer de los hechos punibles atribuidos a los congresistas, sin que razón lógica o jurídica pueda válidamente llevar al predicamento de que de la reasignación de competencias o, si se quiere, del cambio de Juez, puedan resultar favores para el procesado.

Y como quiera que en este evento la nueva Carta no hizo cosa diferente a determinar el Juez natural de los aforados constitucionalmente, lo cual dice relación al rito del Proceso, deben atenderse las prescripciones del

artículo 40 de la Ley 153 de 1887, de acuerdo con las cuales "...las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben entrar a regir..." y, lógicamente, en única instancia en este caso, porque la Corte no tiene superior jerárquico que revise sus decisiones.

El argumento toral en que se afianza el procesado para insistir en que hubo violación al principio non bis in idem descansa en que en la misma investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación le resultaron cargos que llegados a conocimiento de la Corporación no dieron lugar a la apertura de la instrucción, sino que conllevaron a su inhibición.

Esta forma de argumentar resulta sofística, porque no todas las imputaciones fueron cobijadas por las resoluciones inhibitorias, sino que, como quedó demostrado en la providencia atacada, hubo necesidad de expedirse copias para la averiguación a que hubiera lugar por el atentado contra la administración pública que no fue tocado en las decisiones en cuestión y que, por lo mismo, nada impedía su investigación, como aquí válidamente se viene haciendo.

3. En cuanto toca a la violación del debido Proceso por el hecho de que hubiera estampado su firma el H. Magistrado Carlos Gálvez Argote en la providencia mediante la cual no se accedió a reponer la resolución de acusación, quedó bien claro en el proveído impugnado que fueron circunstancias fortuitas las que llevaron a que ese hecho se presentara, sin el concurso de la voluntad de su autor, pues no intervino, por el impedimento aceptado, en la discusión del proyecto respectivo.

Ese hecho, abstractamente considerado, no afecta de ninguna manera la validez del acto, toda vez que con la intervención o no del magistrado, el proyecto presentado fue aprobado por la mayoría absoluta de votos de los magistrados que intervinieron en su discusión, convirtiéndose así en providencia de Sala y conservando sus efectos hasta que por determinación de la misma se dispusiera lo contrario, siempre que se presentaran motivos constitucionales o legales que así lo impusiera, careciendo de tal alcance, obviamente, lo aducido por el procesado.

De otro lado, no se advierte cómo con ese acto se alcanzó a vulnerar el derecho de defensa, o por qué puede constituir irregularidad sustancial con capacidad para afectar garantías de los sujetos procesales, o las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, aspectos únicos que autorizarían el extremo fatal de la nulidad al tenor de lo dispuesto por el artículo 308 del C. de P. P.

Por ninguna de las situaciones alegadas, en consecuencia, hay lugar a reponer el proveído recurrido.

4. Igual pronunciamiento se hará en cuanto a la negativa de las pruebas, toda vez que el recurrente no indica el "hecho nuevo"que quiere acre-

ditar con la reproducción o ampliación de las declaraciones cuya recepción pide, y la relación concreta que tienen con los hechos debatidos, sin que al respecto baste su manifestación de que es su deseo ejercer el principio de contradicción, pues este derecho bien pudo actualizarlo desde el período previo de la investigación, como que la gran mayoría de testimonios fueron recibidos a petición suya, y si no lo hizo fue más por estrategia defensiva que porque se interpusiera algo que se lo impidiera.

Tocante a que se reciban otros testimonios, la conducencia no la establece en su primigenia petición ni con ocasión del recurso interpuesto, ya que por la relación que dice tienen los declarantes con las fundaciones a través de las cuales canalizó recursos del Estado, únicamente depondrían, como lo enuncia el mismo censor, sobre el funcionamiento de las mismas, las relaciones que el inculpado tuviera con ellas y con entidades bancarias, aspectos que no constituyen el núcleo del debate probatorio, pero nada referirían, positiva o negativamente, sobre la apropiación por parte del procesado de las partidas que se dejaron puntualizadas en el pliego de cargos, a cuyo esclarecimiento debe dirigirse el material de prueba a recaudar en busca de desatar, sobre bases ciertas, la relación jurídico-procesal en el momento oportuno, hacia lo cual no se endereza, según se vio, ninguna de las declaraciones cuya práctica se denegó.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

No reponer la providencia calendada el tres (3) de junio del presente año, mediante la cual se denegó la declaratoria de nulidad del Proceso y se rechazó la práctica de algunas pruebas solicitadas por el imputado doctor Jorge Tadeo Lozano Osorio, por lo expuesto en la parte considerativa.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, no firmó; *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ TERMINO/ PERJUICIOS

1. La casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, el Penal Militar y el Nacional, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, o como en el presente caso, los proferidos así mismo en segunda instancia por un Juzgado Penal del Circuito.

Dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia, se debe interponer el recurso y sustentar el motivo que determine la viabilidad de la admisión, sea para procurar el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de un derecho fundamental violado en las instancias.

2. Es al Juez a quien corresponde prudencialmente señalar el valor del daño moral no susceptible de valoración pecuniaria (art. 106 C. P.), que "escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el Juez dentro del límite máximo fijado por la ley", como lo ha indicado la Sala desde tiempo atrás (sentencia del 26 de agosto de 1982. M. P. dr. Darío Velásquez Gaviria, negrilla ausente en el texto original).

El legislador, dentro de la política criminal, de la misma manera que establece unos topes de pena de mayor o menor severidad y graduaciones según la nocividad del delito, el bien jurídico tutelado, las repercusiones sociales, familiares y personales del agravio, su modo de realización, la magnitud del irrespeto a las normas de convivencia, el mal uso de la libertad, etc., puede seleccionar cuáles hechos delictivos son susceptibles de que se postergue la ejecución de la pena, para permitirle al Juez librar condicionalmente de sus consecuencias a quienes no parezcan requerir "tratamiento penitenciario", observada su personalidad y, ya en el caso particularizado, la naturaleza y modalidades del hecho punible.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 13695

Aprobado Acta N° 90

ASUNTO POR DECIDIR

Se procede a resolver sobre la concesión del recurso excepcional de casación interpuesto por el representante judicial de Luis Evelio Rivillas Castro y Jhon Fredy Ramírez Pabón, contra la sentencia de segunda instancia proferida contra ellos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, por tentativa de extorsión.

HECHOS

Desde el 16 de julio de 1996, en el establecimiento comercial de su propiedad denominado "Retacería de la 47", ubicado en Bello, el señor Mauricio Restrepo Zapata recibió llamadas telefónicas exigiéndole $ 4'000.000 o de lo contrario atentarían contra miembros de su familia, que denotaban conocer.

Aconsejado por allegados suyos, el ofendido acudió a la Policía, le fue interceptado el teléfono y el 18 de julio siguiente, cuando se estaba efectuando una nueva llamada amenazante, fueron capturados Jhon Fredy Ramírez Pabón y Luis Evelio Rivillas Castro.

ANTECEDENTES PROCESALES INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

Adelantado el Proceso en sus correspondientes etapas, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bello, el 2 de mayo de 1997, condenó a Jhon Fredy Ramírez Pabón y Luis Evelio Rivillas Castro por el delito de extorsión, en tentativa, a 24 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y a la indemnización, en valor equivalente a 30 gramos oro, de los perjuicios morales derivados del delito, observando que "los materiales ya fueron cubiertos". No les otorgó la condena de ejecución condicional "por expresa prohibición legal"(fl. 337 cd. inicial).

Este fallo fue apelado por el defensor de los dos procesados y confirmado en su integridad el 27 de junio de 1997 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello.

El defensor impugnó excepcionalmente la decisión de segunda instancia, para que sea unificada y desarrollada la jurisprudencia, en cuanto, en primer término, reclama uniformidad en la aplicación del artículo 374 del Código Penal, para evitar que se sorprenda a los procesados con la fijación en la sentencia del monto de los perjuicios a indemnizar, con lo cual no se les permite repararlos antes de que sea proferida.

Como segundo punto, se refiere al derecho a la igualdad que debe ser efectivo para todos los sujetos procesales en cualquier investigación penal, por lo cual "debía ser inaplicable"lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 40 de 1993, que excluye el otorgamiento de la ejecución condicional de la condena a quienes cometan alguno de los delitos previstos en dicha ley.

El expediente fue remitido a la Corte para que se pronuncie sobre si acepta este recurso de casación, lo cual entra a resolver discrecionalmente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, el Penal Militar y el Nacional, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, o como en el presente caso, los proferidos así mismo en segunda instancia por un Juzgado Penal del Circuito.

Dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia, se debe interponer el recurso y sustentar el motivo que determine la viabilidad de la admisión, sea para procurar el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de un derecho fundamental violado en las instancias.

Cumplido lo anterior en el presente asunto, se aprecia que el recurrente, después de propiciar con una solicitud suya que el Juzgado *ad quem* anulara la concesión que había asumido, trata de alcanzar por medio de la casación excepcional dos objetivos, aduciendo para ambos la "unificación y desarrollo de la jurisprudencia":

1° Que los funcionarios judiciales "no se desborden en la negativa al 374 del Código Punitivo, al momento de determinar la pena, y que en caso como éste se respete la indemnización inicial o se dé la posibilidad de una indemnización complementaria con discusión y participación del procesado".

Ningún argumento presenta el impugnante tendiente a precisar los aspectos y motivos sobre los cuales se propiciaría el desarrollo jurisprudencial o su unificación en torno a lo dispuesto por el artículo 374 del Código Penal, siendo él mismo quien manifiesta que "la jurisprudencia en este aspecto ha sido muy abundante"y no especifica inconsistencias, o contradicciones que, en su concepto, la Corte debiera dilucidar.

Simplemente anhela la prosperidad de su aspiración al reconocimiento de una circunstancia de atenuación punitiva a favor de sus asistidos, en cuyo propósito trata de enmarcar la pretensión dentro de uno de los eventos consagrados en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. Deja de lado, sin embargo, que la casación es un recurso extraordinario, que no está llamado a resolver todas las discre-

pancias que los sujetos procesales expresen contra los fallos judiciales, los cuales para ello cuentan con doble instancia, y que más extraordinaria aún es su procedencia excepcional delimitada con estrictez por los dos factores que la norma taxativamente prevé, correspondiéndole al censor explicitar, puede ser sucintamente pero con precisión, lo que pretende, su fundamentación y la trascendencia que su pedimento arrojaría frente a los objetivos que la ley ha fijado, para el caso la "unificación y desarrollo"de jurisprudencia, que el censor anuncia "muy abundante"sobre el tema y no le censura cortedad, incoherencias ni contradicciones..

Frente a asunto similar al ahora planteado, la Corte expresó en sentencia del 22 de junio de 1988 (rad. 2001, M. P. Dr. Guillermo Dávila Muñoz):

"... la indemnización que exige también la norma (C. P., art. 374) debe ser plena o suficiente, en el sentido de tal concepto, para que produzca el efecto indicado. Y en este caso, señalados únicamente los perjuicios materiales por el perito, con prescindencia de los morales, el juez sin precisar éstos conforme a sus facultades o anotar tal vacío, dio como suficiente la indemnización, para disponer la reducción referida cuando faltaba este requisito, sin el cual no podría entenderse atendido debidamente el precepto.

No obstante lo anteriormente expresado, podría argüirse que el procesado consignó la suma señalada en la sentencia en comento, como perjuicios y que esto indicaba su ánimo de resarcimiento, lo que hacía posible la reducción comentada. A este respecto son pertinentes las razones expuestas por la Procuraduría Tercera Delegada, ya que no existiendo parte civil -se refiere- y siendo incompleta la tasación efectuada, como se expresa en el mismo dictamen, puesto que se prescindió de los perjuicios morales, no puede darse por satisfecho este requisito. Lo cual no ocurría, si habiendo intervenido el perjudicado en tal calidad no hubiera reclamado, pudiéndose entender que se conformaba con el señalamiento de perjuicios con la limitación indicada."

No debe catalogarse de sorpresiva la sentencia, en cuanto en este caso fija el monto de los perjuicios morales (30 gramos oro) y estima ya cubiertos los materiales, porque el perito que valoró los segundos en cuarenta mil pesos, suma que fue depositada (fl. 224 cd. inicial), se abstuvo expresamente de tasar los morales, quedando pendiente su reconocimiento, no obstante lo cual la Fiscalía otorgó la excarcelación. Es al Juez a quien corresponde prudencialmente señalar el valor del daño moral no susceptible de valoración pecuniaria (art. 106 C. P.), que "escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el Juez dentro del límite máximo fijado por la ley", como lo ha indicado la Sala desde tiempo atrás (sentencia del 26 de agosto de 1982, M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria, negrilla ausente en el texto original).

No se descarta que lo dispuesto por el artículo 374 del Código Penal puede requerir algún otro desarrollo, adicional a lo que, como queda visto y el recurrente acepta, ya ha sido considerado en anteriores planteamientos de esta corporación, pero la demanda que ahora se observa, por las razones ya señaladas, no da lugar a ello.

2° En lo concerniente a la pretendida violación del derecho a la igualdad por el no otorgamiento de la ejecución condicional de la condena, expresamente excluida por el artículo 15 de la Ley 40 de 1993, el impugnante no indica razón válida para pretender un desarrollo de la jurisprudencia derivable de la inaplicación de la citada norma, que en lo atinente a la prohibición de otorgar el subrogado penal fue declarada exequible por la Corte Constitucional, el 28 de abril de 1994 (sentencia C-213. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía).

El legislador, dentro de la política criminal, de la misma manera que establece unos topes de pena de mayor o menor severidad y graduaciones según la nocividad del delito, el bien jurídico tutelado, las repercusiones sociales, familiares y personales del agravio, su modo de realización, la magnitud del irrespeto a las normas de convivencia, el mal uso de la libertad, etc., puede seleccionar cuáles hechos delictivos son susceptibles de que se postergue la ejecución de la pena, para permitirle al Juez librar condicionalmente de sus consecuencias a quienes no parezcan requerir "tratamiento penitenciario", observada su personalidad y, ya en el caso particularizado, la naturaleza y modalidades del hecho punible.

Aspectos de tal entidad fueron precisamente tenidos en cuenta en la Ley 40 de 1993 para aumentar la pena de la extorsión y de otros delitos graves, y excluirlos de la aplicabilidad de ciertos beneficios, encontrando la Corte Constitucional en el fallo mencionado que el referido artículo 15, con la excepción de la frase final, restrictiva de la libertad provisional, que fue declarada inexequible, "no viola el artículo 13 de la Constitución, que consagra la igualdad, porque, se repite, la privación de la libertad debe ser mayor para quienes cometen los delitos más graves".

De tal manera, ningún desarrollo jurisprudencial puede lograrse, desde el enfoque propuesto por el actor en este caso, frente a un asunto que ya fue dilucidado por el organismo judicial competente al decidir mediante fallo que hace tránsito a cosa juzgada constitucional (inc. 1 art. 243 Const.) la exequibilidad de la exclusión de la ejecución condicional de la condena y de otros beneficios, para quienes incurran en los delitos de que trata la Ley 40 de 1993.

Estas razones llevan discrecionalmente a rechazar la impugnación excepcional formulada por el defensor contra la sentencia condenatoria, sobre ambos aspectos referidos.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor dentro de este Proceso, por las razones señaladas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al despacho judicial de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dúlimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ REFORMATIO IN PEJUS

1. En tratándose de demostrar la causal de nulidad, cuando ella se funda en irregularidades sustanciales que afectan el debido Proceso, o la violación del derecho de defensa, no basta con mencionar que la actuación cumplida, y en la cual se dictó el fallo objeto de ataque, contiene una irregularidad; es imperativo para quien acude a esta clase de planteamiento, poner en evidencia ante la Corte, con examen del trámite realmente observado, cómo está configurada, cuáles son sus contornos; pero, principalmente, su trascendencia; precisando cómo es el procedimiento correcto, y en qué aspecto resultó desconocido o modificado a consecuencia de la incorrección que se dice se ha presentado. Si de lo que se trata es de apoyar la demanda en la violación del derecho de defensa, así mismo se ha dicho, es carga para el impugnante demostrar, igualmente con referencia al procedimiento observado, cómo la irregular actuación le privó de efectivas oportunidades de defensa, con indicación, en relación a este último aspecto, de las actuaciones que de haber sido llevadas a cabo habrían reportado consecuencias favorables al reo.

2. Es criterio de la Sala que la prohibición de reforma en lo peor ha de presuponer la observancia de la legalidad, entendida ésta como principio ordenador del Estado de Derecho. Así mismo, ha sido entendido que tal ordenación de principios ni niega ni degrada la noción constitucional que de nuestro Estado trae la Constitución de 1991, como tampoco sus proyecciones en el campo de la elaboración jurisprudencial, sobre todo en cuanto ella tiene que ver con la llamada jurisprudencia de valores, que no "jurisprudencia de opiniones", como llamaba la atención García de Enterría que no debía confundírsele.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Proceso No. 9822

Aprobado Acta No. 90

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Cartagena confirmó la del Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés-Isla, donde se declara responsable a Jairo Gamboa como infractor del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, Estatuto Nacional de Estupefacientes, y en tal carácter se le condena a la pena principal de cuatro años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual, y se adiciona en el sentido de imponer al mismo sentenciado, con carácter de pena principal, el pago de multa equivalente a diez salarios mínimos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aprestándose a abordar el vuelo que de la Isla de San Andrés salía con destino a Tegucigalpa (Honduras), el 18 de abril de 1993 a las 7.00 a.m., unidades de Policía Aeroportuaria sorprendieron a Jairo Gamboa llevando consigo, dentro de las paredes de un maletín de mano, la cantidad neta de 999 gramos de estupefaciente heroína, los cuales le fueron incautados junto con la suma de un mil trescientos dólares americanos.

La investigación fue iniciada por la Fiscalía 21 Especializada de la ciudad de Cartagena, en cuyo desarrollo se recibió el testimonio de los agentes que intervinieron en la aprehensión y el decomiso de la sustancia; se practicó diligencia de inspección judicial, pesaje, toma de muestra y destrucción del estupefaciente, estableciéndose que correspondía a 1.110.7 gramos, peso bruto, y neto, a 999; mediante indagatoria se vinculó a Jairo Gamboa, y su situación jurídica fue resuelta con la imposición de detención preventiva como medida de aseguramiento, luego de lo cual, se allegó la experticia del Laboratorio de Estupefacientes del Instituto de Medicina Legal de Santa Fe de Bogotá, en donde se concluye que las dos bolsas de polvo habano remitidas como muestra, corresponden a "Estupefaciente Heroína" (fl.55 c.o.1).

La clausura de la instrucción se vio acompañada de una serie de incidentes, entre los que cabe reseñar la nulidad de la resolución en que ella se dispuso, a instancia del procesado, quien con posterioridad a la notificación personal, elevó escrito haciendo ver que había sido investigado en circunstancias de inferioridad por carencia de asistencia profesional, y falta de traslado del dictamen acerca de la naturaleza de la sustancia incautada. Como consecuencia de la decisión invalidante, dispuso el Fiscal dar traslado de la pericia a los sujetos procesales por el término y para los fines del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, el cual transcurrió sin que se hubiera presentado solicitud alguna.

Cumplido lo anterior, nuevamente se dispuso el cierre de la investigación, decisión coincidente con una solicitud de libertad elevada por el pro-

cesado, bajo el motivo de haber transcurrido más de 120 días de detención sin que el sumario se hubiera calificado. Esta demanda se despachó negativamente, al establecerse que el vencimiento del término provino de actitudes dilatorias de parte del solicitante, quien, a su vez, inconforme con un tal pronunciamiento, insistió mediante la interposición del recurso de reposición, el cual fue resuelto adversamente.

Con resolución acusatoria en contra de Jairo Gamboa, como infractor de la Ley 30 de 1986, artículo 33, inc. 1°., se calificó el mérito del sumario, en cuanto la prueba existente en el Proceso no sólo demostraba la ocurrencia del hecho de llevar consigo la cantidad de heroína ya establecida, sino porque además su responsabilidad en ello aparecía seriamente comprometida a través de indicios graves, testimonios veraces y prueba técnica de medicina legal.

Rituada la causa, el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés Isla dictó la respectiva sentencia de primera instancia. Se declara en ella que no hay lugar a considerar las solicitudes de nulidad presentadas por el defensor en el debate, que en contra de Jairo Gamboa concurren los requisitos exigidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para ser declarado autor responsable de violar el artículo 33, inciso 1°. de la ley 30 de 1986. En consecuencia se le impone la pena principal de cuatro años de prisión, y no obstante hacerse mención expresa en las consideraciones sobre su individualización, que concurría también, con carácter de pena principal, la multa de diez a cien salarios mínimos, ninguna concreción a ese respecto se llevó a cabo en la parte resolutiva del fallo. Como penas accesorias se comprende la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, resolviéndose, asimismo, negar la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, y la detención domiciliaria solicitada por el Fiscal durante la audiencia con la coadyuvancia del Ministerio Público.

El Tribunal Superior de Cartagena, mediante el que es objeto de este recurso extraordinario de casación, al desatar la apelación que el procesado interpusiera contra el fallo del *a quo*, le impartió confirmación, adicionándolo en el sentido de incluir como pena principal la de multa en cantidad de diez salarios mínimos mensuales, pues en su criterio la prohibición contenida en el artículo 31 de la Constitución no es aplicable en casos como éste, donde el sentenciador omite considerar uno de los extremos que de manera expresa fija como mínimo la disposición penal que estimó infringida.

La Demanda

Dos cargos contra la sentencia del Tribunal propone el recurrente en orden a demandar su casación, invocando las causales primera y tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Bajo el enunciado de "Violación de la ley, en cuanto a la rpueba de Confesión", en desarrollo de la primera de las censuras que al fallo formula, dice el recurrente que al procesado no se le creyó lo manifestado en la indagatoria cuando confesó que el maletín donde fue hallada la sustancia estupefaciente, le había sido entregado por el sujeto Fernando Agudelo, alias "Fercho"para que lo llevara a Maritza Otálora, sujeto de quien no sólo suministró la descripción a que correspondía, si no que indicó las dependencias de San Andresito en Pereira como lugar donde podía ser localizado.

Sostiene que fueron desconocidas las disposiciones de los artículos 297, 333 y 362 del C. de P. P., sobre procedimiento en casos de confesión, investigación integral, y constancia y verificación de citas hechas por el procesado para comprobar sus aseveraciones. Dice de ellas que son garantía para el ciudadano en general, en cuanto señalan límites al Estado en la finalidad primordial de obtención de la justicia, por lo que en el caso materia de juzgamiento, quedó sin establecer que la delación hecha por Jairo Gamboa no es una coartada para eludir su presunta responsabilidad penal, pudiéndose haber establecido a través de ella, que en realidad él actuó como simple "mula", y no como autor inmediato o mediato. Se habría demostrado -prosigue- que ni concibió ni ejecutó voluntariamente el delito, pues lo hasta ahora hecho ha sido tomar en cuenta el elemento probatorio objetivo, para deducir de ahí el elemento subjetivo o intencional de transportar el alcaloide, violándose de esta manera el principio de responsabilidad objetiva (sic).

En relación con el otro cargo, luego de transcribir la causal tercera de casación, considera que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto la resolución mediante la cual se dispuso cerrar la investigación sólo fue notificada por estado.

Cita los artículos 188 y 190 del Código de Procedimiento Penal, según los cuales, las notificaciones al sindicado privado de la libertad y al Ministerio Público deben hacerse personalmente, procediendo la notificación por estado, según la transcripción que de la disposición hace, sólo cuando no se hubiere podido llevar a cabo la notificación personal, habiendo sido intentada. Sostiene que en este caso ello no ocurrió así, vulnerándose por esta vía las bases del debido Proceso, en razón a que tanto el sindicado como su defensor quedaron en imposibilidad de impugnar. Por lo demás, concluye que habiendo sido el motivo del cargo tema de debate por el anterior defensor en las instancias, ratifica lo dicho en aquella oportunidad.

Concepto del Ministerio Público

En el orden en que han sido propuestos por el impugnante, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal da respuesta a los cargos contenidos en la demanda. Inicia por destacar las inconsistencias técnicas en que se

incurre al formular el ataque al amparo de la causal primera de casación. Hace ver al respecto como el impugnante pareciera optar por la vía indirecta de violación a la ley sustancial, sin embargo en el desarrollo discursivo correspondiente acude a argumentos propios de la causal tercera, o a la denuncia de errores procedentes de falsos juicios de convicción sobre pruebas no tarifadas, con lo cual deja la pretensión sin apoyo.

Es esto lo que ocurre, destaca, cuando al plantear su primera inconformidad, propone ataque a la valoración que el Tribunal hiciera de la indagatoria del sindicado Jairo Gamboa, de la cual dice que "No se le creyó", premisa que imponía tener que demostrar, previo examen de los criterios tenidos en cuenta por el sentenciador al momento de examinar la prueba referida, que en tal ocasión se quebrantaron de manera grave las normas de lógica, o las reglas de la experiencia que orientan la sana crítica como método de evaluación probatoria.

Nada de ello hace el censor. De la proposición así formulada -continúa el concepto- pasó a la transcripción de algunas normas que rigen la confesión, añadiendo que de conformidad con ellas era imperativo para el funcionario judicial haber investigado tanto lo favorable como desfavorable al incriminado, argumento mediante el cual abandona el campo inicialmente definido para el desarrollo del ataque, adentrándose en el específico de la causal tercera.

Aquí también, señala el Procurador, incurre en desatinos técnicos que arruinan la censura. Siendo su obligación entrar a demostrar que durante el trámite procesal se dejaron de practicar pruebas fundamentales para la decisión del asunto, o que efectivamente con ello se causó detrimento a la situación del sindicado, nada de esto llevó a cabo, a más que el libelista carece de interés concreto en la práctica de las pruebas cuya omisión denuncia, en cuanto con ellas lo único que estaría persiguiendo sería la incriminación de Fernando Agudelo, alias Fercho, como determinador de un delito en el que obviamente, y de acuerdo con lo demostrado en el Proceso, Gamboa actuó como autor material.

Pero si alguna razón es en realidad trascendente a juicio de la Delegada para desestimar la censura en los anteriores términos expuesta, es que el impugnante no formula cargo alguno contra la sentencia, como puede apreciarse del hecho que ninguna alusión hizo de su contenido, pues de haber sido así, habría establecido que si bien es cierto no se indagó sobre aspectos relacionados con Fernando Agudelo o Maritza Otálora, ello obedeció a lo deficiente de los datos aportados por Gamboa.

Los datos aportados por Gamboa, concluye en su respuesta a este primer cargo el Procurador, si fueron objeto de análisis y si no se actuó en orden a comprobar la totalidad de sus asertos, fue porque el funcionario llegó a la convicción de que debía desechar tal tipo de explicaciones, como también es procedente descartar que se esté frente a un caso de respon-

sabilidad objetiva; siendo suficiente lo descrito para entender que el sentenciado conocía de su acto ilícito y al tenor de la norma que tipifica la conducta, basta con que con ese conocimiento y voluntad, el sujeto transporte o lleve consigo el alcaloide.

En cuanto tiene que ver con el segundo cargo, advierte el Delegado que el censor no sólo incurre en deficiente demostración de la causal de nulidad, pues nada dice acerca de cómo se vulneró el derecho de defensa del procesado a consecuencia de inadecuada notificación del auto de clausura de la investigación, sino que es evidente que se omitió la revisión del Proceso, en la que claramente puede verificarse que se hizo notificación personal al procesado del auto de 19 de agosto de 1993 (sic) mediante el cual se declaró cerrada la investigación, notificación que además fue eficaz.

Finaliza su concepto la Procuraduría, demandando de la Corte la casación oficiosa de la sentencia, para eliminar la pena de multa de diez salarios mínimos legales mensuales que la segunda instancia impusiera al procesado, en razón de considerar que con tal decisión se transgredió el artículo 31 de la Carta Política, el cual consagra una garantía judicial adicional en favor del procesado que se integra al artículo 29 de la misma codificación superior, al establecer que "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

De acuerdo con la postura de esa representación del Ministerio Público -dice- la disposición aludida no establece excepción alguna, como tampoco admite ningún tipo de limitaciones para su aplicación, por su naturaleza de garantía judicial, la cual, además, le otorga el carácter de mandato absoluto, aún por encima de preceptos que sugerirían desconocerla.

En ese sentido -continúa- el principio de legalidad de las penas invocado por el Tribunal para agravar en este caso al sentenciado apelante único con pena pecuniaria, cuando ella no había sido deducida en la sentencia de primera instancia, no puede alegarse como medida del desconocimiento de la norma constitucional, en razón, precisamente, a que la prevalencia del derecho positivo solamente puede invocarse en aquellos casos en los que no resulte contrario a la Constitución que, para bien o para mal, consagró la imposibilidad de agravar la pena impuesta como resultado del recurso de apelación.

Errores como éstos -remata- se corrigen a través de instrumentos distintos y cita el ejercicio de las facultades impugnatorias de los diferentes sujetos procesales, la sanción disciplinaria o penal del funcionario que maliciosamente ha dictado la sentencia, e inclusive el ejercicio de la acción de revisión en los casos en que ella fuere procedente, pero en ningún caso acudiendo a la reforma o adición de la sentencia para agravar la situación del sentenciado y trae en su apoyo el fallo de casación dictado por esta Sala dentro del Proceso 8894 de 26 de enero de 1995.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En aplicación del orden de prioridad establecido para el examen de las causales en casación, la Sala empezará el estudio de las que son propuestas en la demanda por la de nulidad, pues de llegar a prosperar, cualquier pronunciamiento, respecto de la violación de la ley sustancial que allí mismo se contiene, sería inoficioso.

1. El cargo de invalidación del Proceso a que el actor se acoge, lo hace consistir en haberse omitido la notificación personal al procesado de la resolución del cierre de la investigación, no obstante hallarse detenido, con lo cual -en su opinión- fue desconocido el artículo 188 del Código de Procedimiento, vulnerándose las bases propias del debido Proceso, e imposibilitando a sindicado y defensor poder recurrir en tiempo.

Ninguna duda cabe que la alegación así propuesta acusa deficiente argumentación. En efecto, aunque allí se sostenga que la omisión denunciada comportó vulneración al debido Proceso, e impuso limitaciones al ejercicio del derecho de impugnación, lo evidente es que el casacionista incumple el deber de demostrar la relación que ha de existir entre el vicio aducido y la alteración de las bases de la acusación y el juzgamiento. Igual cosa acontece en referencia a la afectación del derecho de defensa y la supuesta obstaculización al ejercicio de los recursos, que, como derivado de la irregularidad invocada, son aducidos en el libelo.

Es que, como ha sido acordado por la jurisprudencia, en tratándose de demostrar la causal de nulidad, cuando ella se funda en irregularidades sustanciales que afectan el debido Proceso, o la violación del derecho de defensa, no basta con mencionar que la actuación cumplida, y en la cual se dictó el fallo objeto de ataque, contiene una irregularidad; es imperativo para quien acude a esta clase de planteamiento, poner en evidencia ante la Corte, con examen del trámite realmente observado, cómo está configurada, cuáles son sus contornos; pero, principalmente, su trascendencia; precisando cómo es el procedimiento correcto, y en qué aspecto resultó desconocido o modificado a consecuencia de la incorrección que se dice se ha presentado. Si de lo que se trata es de apoyar la demanda en la violación del derecho de defensa, así mismo se ha dicho, es carga para el impugnante demostrar, igualmente con referencia al procedimiento observado, cómo la irregular actuación le privó de efectivas oportunidades de defensa, con indicación, en relación a este último aspecto, de las actuaciones que de haber sido llevadas a cabo habrían reportado consecuencias favorables al reo.

Nada de lo anterior se cumple en los términos de demostración de la censura intentada por el impugnante, lo cual por sí mismo determina su improsperidad. Pero si alguna razón hay -fundamental ella- para de una vez por todas negar cualquier posibilidad de viabilidad al cargo, es su absoluta carencia de fundamento.

En efecto, como lo revela el Proceso y lo destaca la Procuraduría, la omisión de notificar la resolución de clausura de la investigación que invoca el recurrente, no ha tenido ocurrencia. Claramente se verifica de la consulta al folio 79 del cuaderno original, que la decisión de fecha 18 de agosto de 1993 -No. 19 como se afirma por el Ministerio Público-, cuyo contenido es "Declarar cerrada la investigación penal seguida contra el señor Jairo Gamboa", le fue notificada el mismo día como lo revela el acta que al efecto se levantó, suscrita por el propio procesado en constancia de haberse enterado de su contenido.

En estas condiciones, claro resulta que el impugnante ha elaborado el cargo a partir de una circunstancia inexistente en el Proceso, razón por la que ninguna respuesta adicional procede, a no ser la de reiterar la total improcedencia de la impugnación por este motivo.

II. No muy diversa de la situación expuesta, resulta ser la que se desprende del ataque que por violación de la ley sustancial, y al amparo de la causal primera de casación, ha sido propuesta. También sobresalen en él, precariedad en la demostración del cargo, inexistencia de los supuestos, a más que los errores enunciados resultan intrascendentes en relación con la situación particular del impugnante.

Respecto de la primera de estas deficiencias, es de destacar que en la demostración de la censura se entremezclan planteamientos propios de las causales primera y tercera de casación, lo cual la conduce a la indefinición e imposibilidad de establecer a través suyo algún motivo en concreto de ruptura del fallo, por lo que no queda a la Corte alternativa distinta que la de abstenerse de hacer cualquier estudio de fondo.

Obsérvese en este acntido como el actor, de entrada, focaliza su inconformidad con la sentencia en el tema de la valoración de la prueba. Abre así el discurso con el reproche al sentenciador de no haberle creído al procesado la versión vertida en indagatoria. Un planteamiento de este tipo, imponía como derivado lógico, tener que adentrarse en el análisis sobre los criterios aplicados por el Tribunal en el examen de este medio de convicción, poniendo de presente transgresiones a las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia en la determinación de su mérito persuasivo.

Pero no; inopinadamente y sin solución de continuidad, tras el enunciado de la supuesta violación probatoria, se da a la tarea de transcribir algunas disposiciones acerca de la obligación de determinar la veracidad de la confesión, de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al reo, y el derecho del imputado a hacer constar cuanto tenga por conveniente para su defensa, denunciando de ellas su transgresión, y por ende, errores referidos a la ordenación del Proceso, cuya invocación y demostración compete hacer al amparo de la causal tercera, la cual, como antes se destacó, ni siquiera menciona en el libelo, actitud apenas consecuente con el entendimiento que el impugnante tiene sobre este tipo de transgre-

sión, donde los errores de actividad pueden ser corolario del error in indicando de tipo probatorio con que inicia la censura, con lo que termina por dejar la propuesta en el campo de las perplejidades.

A la indicación de los errores de procedimiento en que consiste la inobservancia de las normas procesales invocadas, correspondía asimismo entrar a demostrar que se dejaron de practicar pruebas fundamentales para la decisión del caso, indicándolas y estableciendo cómo ellas, de haber sido traídas al Proceso, tenían la virtualidad de contrastar el sentido del fallo acusado, proceder que, obviamente, con la consciencia que de la impugnación posee el actor, difícilmente podía observar.

Lo anterior, porque como lo ha dejado establecido la jurisprudencia respecto al punto, cuando en casación se acude a denunciar el desconocimiento de cualquiera de los principios contenidos en las disposiciones citadas por el recurrente como sustento de su alegación, es imprescindible exhibir las razones por las cuales se cree que se presentó la violación, teniendo en cuenta los criterios que el Procurador destaca en relación con los controles que en el recaudo de la prueba puede y debe aplicar el juez, y demostrar el grado de trascendencia que la incorrección procesal acarrea para el debido Proceso o el derecho de defensa.

Ahora bien; si como confusamente se da a entender en la demanda, la inconformidad radicaría en la no práctica de diligencias tendientes a lograr la vinculación de Fernando Agudelo, alias "Fercho", persona a quien el procesado atribuye haber concebido e impulsado la comisión del hecho, no se ve cuál podría ser el interés del impugnante en que tales diligencias se llevaran a cabo, o en qué beneficiarían su situación, pues como se advierte por la Procuraduría, en apreciación que la Sala comparte, que Agudelo sea incriminado como determinador del delito objeto de juzgamiento, no exonera a Gamboa en su carácter de autor responsable del mismo, evidenciándose con todo ello, además, inanidad en la proposición del cargo.

A todo esto procede agregar que el impugnante en la formulación del ataque ha omitido considerar la sentencia. De no haber sido así, habría establecido, sin mayor dificultad, que la situación respecto a la procedencia de vincular al sujeto Agudelo, varía de los términos como es concebida por aquel. Si no se indagó por Agudelo o la mujer identificada como Maritza Otálora, ello obedeció no sólo a la vaguedad de los datos aportados por el procesado acerca de su identificación y efectiva localización, sino porque en sus intervenciones incurre en insalvables contradicciones respecto a los reales motivos del viaje a San Andrés, el lugar para el encuentro con Otálora, el tipo de asesoría que recibiría de ella, el conocimiento del contenido del maletín, y la realidad de la relación existente entre él y "Fercho", aspectos en su totalidad ponderados por el Tribunal, llevándolo a la conclusión de desestimar estas explicaciones por corresponder ellas a una coartada.

Finalmente, dígase que la censura de ser la sentencia violatoria del principio de proscripción de responsabilidad objetiva, a más de ser sólo una afirmación a manera de efecto por la omisión en la práctica de pruebas de que se viene hablando, en el contexto de la argumentación del recurrente, razón que daría lugar a que ni siquiera se le considerara, es lo cierto que ningún arraigo tiene dentro del Proceso. Baste ver al respecto los términos del juzgamiento para llegar a la evidencia que el aquí sentenciado conocía de su acto ilícito y voluntariamente se prestó a llevar consigo la heroína en cuyo poder se le sorprendió.

En estas circunstancias, las protuberantes deficiencias técnicas en la proposición y desarrollo del cargo, su falta de fundamento e intrascendencia, hacen que él no pueda prosperar.

III. En relación con la solicitud de casar parcialmente la sentencia, para excluir la pena pecuniaria impuesta por el Tribunal al desatar la apelación que como recurrente único interpusiera la defensa, que formula el Procurador con fundamento en la prevalencia absoluta del principio de prohibición de reformatio in pejus consagrado en los artículos 31 de la Constitución Política y 217 del Código de Procedimiento Penal, procede dejar sentado desde ahora su improsperidad.

Es criterio de la Sala que la prohibición de reforma en lo peor ha de presuponer la observancia de la legalidad, entendida ésta como principio ordenador del Estado de Derecho. Así mismo, ha sido entendido que tal ordenación de principios ni niega ni degrada la noción constitucional que de nuestro Estado trae la constitución de 1991, como tampoco sus proyecciones en el campo de la elaboración jurisprudencial, sobre todo en cuanto ella tiene que ver con la llamada jurisprudencia de valores, que no "jurisprudencia de opiniones", como llamaba la atención García de Enterría que no debía confundírsele.

A este respecto, en fallo de casación de 28 de octubre de 1997, sostuvo:

"La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (art. 31) para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C. P. art.29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la "protección del procesado"en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada hecho punible.

"Grave perjuicio a la igualdad de todos ante la ley penal (basilar en el Estado de Derecho) se originaría de admitir que por la vía particular de la

sentencia, un sujeto de derecho pudiese recibir penas más allá de los límites máximos dispuestos por el legislador, o que estén por debajo de sus límites mínimos, o no consagrados por la ley. De ahí que se acuda al principio de coexistencia de las disposiciones constitucionales para intentar un marco de aplicación que no sacrifique ninguna de las garantías (legalidad de la pena y exclusión de reformatio in pejus) en detrimento de la otra, y que de paso tampoco desconozca principios, valores y derechos también fundamentales como los de separación de poderes (arts. 1 y 113 C. P.), sometimiento del juez al imperio de la ley (entendiendo en ella a la Constitución misma), primacía y aplicación inmediata de los derechos fundamentales (arts. 84, 93 y 94 C. P.), y reserva del legislador para la expedición de códigos (arts. 28 y 150 C. P.), entre otros.

"Cuando el constituyente declara que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, está declarando implícitamente, entre otras muchas cuestiones, que a nadie se le puede imponer pena no prevista por el legislador para ese hecho. Ese legislador, en el orden jurídico-político colombiano, ha decidido, a su vez, un sistema punitivo ecléctico que contiene elementos de los regímenes de punibilidad judicial y punibilidad administrativa o penitenciaria, es decir, que el legislador define topes y criterios, el juez individualiza la pena dentro de esos límites y la administración jalona el Proceso de ejecución de la pena pero sometida a controles judiciales definidos previamente en la ley. Y en tanto mayor o menor movilidad considere el legislador que debe otorgar al juez, así lo declara de manera expresa. Juicio político éste que se manifiesta en normas como las que regulan los términos de duración de las diversas clases de pena (art. 44 Cód. Penal), la distinción entre penas principales y accesorias (arts. 41 y 42) las que definen cuándo y a cuáles penas principales acceden las accesorias (art. 52) o cómo se ejecutan o con qué criterios se aplican, o qué mecanismos alternativos o sustitutos proceden para ellas y en qué clase de eventos.

"De modo que es por ello por lo que el margen de apreciabilidad que la Carta otorga al juez para aplicar la pena e imponerla en concreto, no es, no puede ser, enteramente libre, desatada o absuelta, sino que la misma debe ser conforme a leyes preexistentes tal y como lo declara el artículo 29 del documento fundante del Estado Colombiano. Salirse de ese entorno, y admitirse tal marginamiento bajo la consideración de una prevalencia de la prohibición de reforma en peor, prioridad que la Constitución no declara, es tanto como validar una función judicial absolutizada, descoordinada del resto del sistema jurídico, intocable y por lo mismo incontrolada. Es tanto como hacer de la judicatura un poder al margen del poder de corrección, incluso hacia su mismo interior, frente a sus jerarquías, frente a sus instancias." (Cas. 9791, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

De acuerdo a estos lineamientos, es de entenderse que la adición del Tribunal al fallo de primera instancia que ahora reprocha el Delegado en

el sentido de imponer la pena de multa al sentenciado Jairo Gamboa, no puede tener connotación diferente a la del sometimiento de la sentencia a la legalidad estricta de la pena establecida para el hecho por el cual fue hallado responsable y se le condenó. Si como lo establece el artículo 33, inciso 1°., tipo penal cuya realización le fue imputada al sentenciado, y por el cual se le juzgó y declaró responsable, la pena es de prisión de cuatro a doce años y multa en cuantía de diez a cien salarios mínimos, no podía prescindirse de esta última forma de punibilidad, sin dejar de incurrirse en ilegalismo en la determinación judicial de las consecuencias derivadas del delito, de donde resulta impertinente valorar como violatoria de la prohibición de reforma en lo peor la enmienda que, en aras de pautar la decisión del a quo a la ley, llevó a cabo el fallo de segunda instancia.

Invoca el Procurador en apoyo de su propuesta de casación, pronunciamiento de la Sala en sentencia de enero 26 de 1995, dictada en el Proceso 8894, donde se decidió que el Tribunal no podía desconocer la diminuente punitiva concedida en la primera instancia con motivo de la confesión del procesado, en cuanto que al hacerlo se transgredía la prohibición de reformatio in pejus prevista por la Constitución y el Código de Procedimiento.

Ningún cambio de doctrina se consagra en el criterio expuesto; contrariamente, se revela allí la constante expresada por la Sala respecto al punto. Lo que acontece es que aún no ha sido suficientemente comprendido, que la legalidad a que se ha hecho alusión por la Corte para sostener de ella su imposibilidad de ser desconocida, lo es en términos de reserva legislativa, cuando el juez tiende a suplir al legislador, operando por tanto el error en la representación que de la ley se hace en el momento de la conminación abstracta del precepto para llevarla al caso, pero no cuando de lo que se trata es de establecer la concurrencia de algún supuesto que hace o no aplicable la disposición legal, pues allí el error se presentaría en el ejercicio de la discrecionalidad judicial, donde la propia ley manda que su aplicación dependa de los respectivos juicios de valor del operador judicial. Es en este sentido que la doctrina de la Sala ha sostenido que sólo se entiende violada la legalidad cuando se restringen o desbordan los límites en cada tipo legal -por debajo del mínimo o por encima del máximo- (Cfr. Sent. Cas., mayo 13 de 1998, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

De acuerdo con lo expuesto, la invocación que del pronunciamiento de la Sala hace el Procurador resulta desafortunada, en cuanto en ella el problema objeto de debate es bien distinto al que ahora se plantea. Como se recuerda, en el caso de la cita se trataba del reconocimiento de una disminución punitiva con fundamento en la confesión del procesado por la primera instancia, en relación con la cual la segunda instancia superpuso su propia valoración probatoria para concluir que no había habido confesión. Como puede verse la ilegalidad aquí concluida es consecuencia de la disparidad de juicios sobre si concurre o no el supuesto para la aplicación de la

ley, y no sobre la comprensión de la ley en sí misma por el fallador, no siendo, por tanto, procedente la reforma en lo peor como se declaró por la Corte, pues de lo contrario la garantía no tendría aplicación en ningún caso.

El caso que se juzga, como ha sido expuesto en suficiencia, corresponde al desconocimiento de la pena de multa por la primera instancia, deducida al desatarse la apelación. Aquí hay un desconocimiento al mínimo legal punitivo establecido en el tipo para el hecho, según el cual cualquiera sea la intensidad a que se acuda en la aplicación de la pena, siempre tendrá que comprender la multa, poniéndose en evidencia así, que el sentenciador *a quo* sustituyó al legislador al representarse en la consideración del tipo en la conminación abstracta una pena de prisión para el acto de llevar consigo estupefacientes, sin la multa respectiva, que con carácter de pena principal, acompaña a la aflictiva en la integración de la fórmula punitiva típica, razón por lo que era imperativo para el Tribunal, como lo hizo, restablecer la legalidad ignorada.

No asistiéndole razón al Ministerio Público, se negará la pretensión de casación elevada.

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:

NO CASAR el fallo el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA-Oportunidad para practicarla/DOCUMENTOS

1. En el ámbito demostrativo, tema particular que en esta oportunidad más interesa, concentra el acto la práctica de las pruebas previstas para la etapa de la causa, "excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos"; pero además de las dispuestas de antemano (art. 447, C. de P. P.), y obedeciendo los principios de publicidad, lealtad, contradicción, imparcialidad e igualdad, es la audiencia ocasión para adicionar los medios que "surgieren" y fueren necesarios, y aún aquellos que de oficio halle el juez indispensables, con la invariable mira del suficiente esclarecimiento de los hechos como fin primordial de las actividades probatorias, en las que es deber expreso del funcionario judicial la búsqueda de la "verdad real" (cfr. artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 246, 247 y 249 ibídem).

De esta manera conciliará el juez su intervención de neutral director del acto, con la de garante de los derechos de los sujetos procesales, y partícipe imparcial en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, lo que le va a implicar no solamente el máximo cuidado en el decreto y práctica de medios, sino también cautela para que nunca puedan éstos convertirse en vía de sorprendimiento para alguno de los intervinientes procesales, a quienes debe dar la posibilidad de conocerlos y controvertirlos, si es menester, con la aducción de nuevas pruebas y la prolongación o aplazamiento del debate, siempre y cuando agote, por lo demás, esa práctica de pruebas, antes de darle curso a la intervención oral.

2. De conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el 1-117 del Decreto 2282 antecitado), también reciben valor probatorio de originales las copias autorizadas por "secretario de oficina judicial, previa orden del juez".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. -Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr: *Juan Manuel Torres Fresneda*

Proceso No. 9290

Aprobado Acta No. 90

VISTOS

El defensor público del acusado José Antonio Rocha Fuentes interpuso el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia condenatoria proferida en contra de su representado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 14 de octubre de 1993, mediante la cual confirmó la emitida en primera instancia en el Juzgado Cuarto Penal de ese Circuito por el delito de homicidio agravado, impugnación que entra la Sala a decidir con asidero en las siguientes consideraciones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En la madrugada del 15 de diciembre de 1991 en el sector "La Puntilla", barrio Olaya Herrera de la ciudad de Cartagena, José Rocha (alias "El Borracho") se presentó en tono desafiante a la vivienda del señor Pedro Herrera Puerta, dando golpes en la puerta y disparando hacia ella en repetidas ocasiones con un arma de fuego, al tiempo que gritaba que iba a castigar a Herrera por haber golpeado y denunciado ante las autoridades a uno de sus hermanos. Al salir el requerido en compañía de sus hermanos para afrontar el incidente, el agresor le disparó causándole la muerte.

2. El Juzgado 11 de Instrucción Criminal de Cartagena dispuso el 19 de diciembre de 1991 la apertura de la investigación, vinculando a la misma a José Antonio Rocha Fuentes, Marco Antonio Rodríguez Fajardo y José Manuel Correa Franco, profiriendo en contra de los dos primeros medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio en la persona de Pedro Herrera. Cerrada la investigación, el 4 de junio de 1992 se calificó su mérito con resolución de acusación en contra de Rocha Fuentes y reapertura en favor de Marco Antonio Rodríguez Fajardo y José Manuel Correa Franco.

Celebrada la diligencia de audiencia pública ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, este Despacho emitió el 16 de julio de 1993 el fallo de primer grado, mediante el cual condenó a José Antonio Rocha Fuentes a la pena principal de 17 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado, y en el mismo término fijó la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públi-cas. Por no encontrar demostrados los perjuicios derivados de la infracción, se abstuvo de imponer la obligación de resarcirlos.

En contra de la anterior determinación se interpuso el recurso de alzada, y para resolverlo el Tribunal Superior de Cartagena le impartió confirmación, dando lugar para que en contra de esta última decisión se interpusiera el recurso extraordinario.

La Demanda

Haciendo invocación de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa el Censor el fallo por transgredir los derechos fundamentales y sustanciales del acusado por indebida apreciación del testimonio de Neris Esler Salas Márquez, el cual fuera aportado en fotocopia por la Fiscal al concluir la etapa probatoria de la audiencia pública, sin que previamente se hubiera solicitado su práctica o aducción; además, por cuanto esa pieza procesal no fue expedida con el lleno de los requisitos legales.

Tal fotocopia, añade, al parecer procedía de un Proceso seguido en la Fiscalía Tercera de la Unidad de Previa y Permanente contra Marco Antonio Rodríguez Pájaro y José Manuel Correa, sin que la defensa o el procesado hubieran podido hacer las respectivas confrontaciones. El fallador de primera instancia había dispuesto que las mencionadas fotocopias se aportaran al expediente, absteniéndose de otorgarles valor alguno, pero el Tribunal, pese a la extemporaneidad e ilegalidad de su entrega-, contrariando lo dispuesto en los artículos 448; 331 y 250 del Código de Procedimiento Penal e incurriendo en abierta vulneración de los artículos 29 y 13 de la Carta Política; y 1o., 6o., 7o., 9o., 18, 20 y 22 *ibídem* las valoró.

Incurrió igualmente el *ad quem* en error al aplicar por integración el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, dejando de aplicar el artículo 254 *ibídem*, al presumir que el sello que en ellas aparece estampado correspondía al de Secretaría, siendo que en el mismo claramente se lee "República de Colombia, Dirección Seccional Cartagena, Auxiliar de Fiscal III, Fiscalía General de la Nación", con lo que olvida que el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal impone que en todas las actuaciones penales la duda se resuelve en favor del sindicado. Además, en el oficio número 327 con el cual se remitieron las mencionadas fotocopias al Fiscal Octavo se lee "Jesús F. Banda Petro. Técnico Judicial", pero a este funcionario no le era dable asumir las funciones del Secretario.

Pese, entonces, a que la prueba no cumplía con los requisitos de autenticidad, publicidad y contradicción, el Tribunal la consideró auténtica y procedió a examinarla como si se tratara de prueba trasladada, siendo que ni siquiera llegó a ser leída en la diligencia de audiencia; mientras por otra parte dejó de considerar documentos aportados por el procesado sobre dedicación anterior al trabajo.

En su sentir, las fotocopias citadas deben conside-rarse nulas de pleno derecho, por estar en contraposición con el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil respecto de la ratificación de los testimonios recibidos fuera del Proceso, que por el principio de integración previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal debió aplicarse en el presente asunto, con lo que igualmente se vulneró el debido Proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Otro vicio predica la demanda respecto de los testimonios de Liboria Blanco Gómez, Betty Ospino Anaya y Neris Ester Salas Márquez por haber sido recepcionados sin el cumplimiento de las formalidades legales por funcionarios de policía judicial, después que el Juzgado 20 de Instrucción Permanente avocara la investigación. De tal manera se atentó en contra de los artículos 252 y 334 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987 para entonces vigente).

Al amparo de los anteriores fundamentos el casacionista solicita a la Corte que case la sentencia y en su reemplazo absuelva al sindicado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Para el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, así la propuesta del censor no constituya un modelo de rigor técnico en su invocación de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal acusando la Sentencia de incurrir en error de derecho en cuanto la prueba aportada en fotocopia por la Fiscalía en la diligencia de audiencia (y fundamento de condena) es nula por extemporánea e ilegal, resulta merecedora del correspondiente estudio.

Así comienza la Delegada por destacar en el curso del Proceso la existencia de tres grupos de declarantes: a) los testigos presenciales Liboria Blanco Gómez, Bety Ospino Anaya, Neris Ester Salas Márquez, rendidos ante la sección de policía judicial (Sijin) el 17 de diciembre de 1991 folios 5, 7 y 9, antes de la apertura formal del Proceso y con fundamento en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente. b) los dichos de Carlos Gándara Ortega y Diego Fernando Ortiz Folios 23 y 107, recepcionados en la etapa de investigación previa y durante la investigación formal por parte del Juez de Instrucción Criminal, y c) la fotocopia de la declaración de la testigo Neris Ester Salas Márquez correspondiente a las diligencias adelantadas en virtud de la reapertura ordenada respecto de otros partícipes en los hechos.

Estas últimas fueron presentadas por la Fiscal en el curso de la diligencia de audiencia Folio 231, quedando constancia de que su aporte se hacía en copia auténtica por no resultar posible que los testigos citados comparecieran a esa diligencia. Solo que el fallador de primera instancia desestimó este aporte considerando que se desconocía si esa declaración había sido aportada en el Proceso original cumpliendo los requisitos legales. En su lugar, admitió como válidos los dichos de Liboria Blanco Gómez y Neris Ester Salas Márquez recepcionados por la policía judicial, en tanto que respecto de las manifestaciones de Diego Fernando Ortiz y Carlos Gándara Ortega expuso que: "no es mucho lo que aportan a la investigación, pero de todas maneras la incriminación que le hacen al procesado encuentra respaldo...".

La condena, entonces, la basó el *a quo* en las declaraciones que recibiera la policía judicial (Sijin), y en las versiones integradas al tercer grupo respecto de las cuales aseguró que así no fuera mucho lo que aportaban al Proceso, tenían concordancia con las que le servían de pilar de la condena.

El Tribunal adquem, por su parte, realizó de la prueba una apreciación diversa: desestimó por inexistentes las declaraciones rendidas por Liboria Blanco, Bety Ospino Anaya y Neris Salas Márquez ante la policía judicial, por haber sido recepcionadas fuera de la competencia asignada a ese organismo y al no cumplir con los requisitos del artículo 252 del código derogado.

Ante la inexistencia de las referidas pruebas, coincidió en que lo apreciado de oídas por Carlos Gándara Ortega y Diego Fernando Ortiz, era poco lo que aportaba para la determinación de la autoría del ilícito, pero para suplir la deficiencia de las anteriores pruebas, aún subsistía un medio probatorio idóneo para fundamentar el fallo de condena, y era él la copia de la declaración jurada recibida a Noris Esther Salas Márquez el 22 de abril de aquel año por la Fiscalía Tercera de la Unidad Previa y Permanente dentro de la reapertura de la investigación que por los mismos hechos se había dispuesto en relación con otros partícipes del homicidio, la que aportó la Fiscalía acusadora en curso de la diligencia de audiencia.

Para el Tribunal, entonces, tal documento constituye prueba trasladada al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal incorporada con los requisitos de autenticidad y de legalidad respecto de su práctica, así como los de publicidad, contradicción y valoración en sana crítica, precisando que tal copia:

"... es auténtica, puesto que en los diferentes folios que contiene presenta estampado un sello de la Fiscalía III que recibió el testimonio y una firma que ... Hace presumir que procede de la secretaría de se organismo".

Respecto del auto que debió ordenarla, dice:

"Es de considerar que si la copia debe ser compulsada de determinado Proceso, sea en este en donde se dicte el auto correspondiente y no en el cuerpo de la copia"; además: "la presunción de legalidad de los actos oficiales ... sustrae de que tenga que aportarse junto con la copia respectiva certificación ... creemos que basta con que en el cuerpo de esa copia aparezca firma (y sello si lo tienen) de la secretaría de la correspondiente oficina judicial para que se presuma que fue expedida con arreglo a las exigencias legales".

Luego de las precedentes consideraciones que le sirven para otorgarle valor de documento, pasó el *ad quem* a ocuparse de la apreciación del tes-

timonio, concluyendo que existe en el Proceso plena prueba de la realización del delito de homicidio, que la responsabilidad en el mismo le es imputable a José Rocha Fuentes, y que se cumplen los requisitos para condenar a dicho sujeto por el delito en referencia (folio 29 cuaderno del tribunal).

Para la Delegada es evidente que las declaraciones iniciales recepcionadas por la Policía Judicial se declararon inexistentes por el sentenciador de la segunda instancia, y que el fallo de condena tomó base exclusiva en la declaración de Neris Salas Márquez cuya versión llevara materialmente la fiscal a la audiencia pública de juzgamiento, sin que exista prueba distinta que aporte algo al tema por decidir, según las dos sentencias del Proceso.

Luego ante esas condiciones considera admisible el error de derecho predicado por el casacionista respecto de la prueba única que sirve para sustento a la condena, ya que la copia documental en que aparece la mencionada versión no cumple con los requisitos de autenticidad exigidos por la ley procesal civil para el aporte de documentos, ni con las exigencias de ley para su introducción al Proceso penal, pues ni aparece llevada al este en la debida oportunidad así fuera estimada como prueba trasladada, ni fue solicitada ni decretada por el juez de acuerdo a la regulación del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque la prueba trasladada de otro Proceso penal en donde también se recibió por la policía judicial, según se lee, resulta admisible al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal como en este caso se afirma por los jueces, ello no significa que otras reglas sobre su legalidad puedan preterm itirse; esto es, que previamente sea solicitada por uno de los sujetos procesales y decretada por el juez, o que este último la ordene oficiosamente dentro de las oportunidades procesales.

De otra parte, continúa, la mencionada prueba trasladada obrante a folio 243 y 244 del primer cuaderno, es un documento en copia, o mejor es una copia de otro Proceso en donde fuera practicada, pero no cumple con los requisitos de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal, ya que fue expedida y remitida por el técnico judicial Jesús F. Banda Petro, no para el Proceso penal cuya sentencia se demanda, sino a la Fiscal número 8 de la ciudad de Cartagena según oficio número 327 de junio 9 de 1993, valga decir que un día antes de la diligencia de audiencia.

La fotocopia carece de la constancia de expedición por el Fiscal Instructor del Proceso de donde fue tomada, o del envió al Proceso en donde produjo sus efectos según la sentencia del Tribunal de Cartagena, y mucho menos puede admitírsela auténtica, porque el técnico judicial no es funcionario autorizado por la ley para autenticar copias del Proceso. Contrario a lo argumentado por el Tribunal, esa autenticación no puede presumirse; ni asumirse racional-

mente la legalidad formal de la prueba, ni veracidad, mientras no exista en la reproducción mecánica una firma autenticadora, por lo que:

"No se puede admitir que la declaración que se traslada en copia documental, existe con ese texto literal, en el Proceso de donde fue tomada, bajo la sola constancia del técnico judicial que la remite, y que además las signa y sella en cada folio en su margen izquierda. Ni el secretario de la oficina, que tiene esa función, ni el fiscal que obviamente también puede autenticar la copia, aparecen firmando la de la referencia, por lo cual en sí misma no puede admitirse como prueba legal en el Proceso presente."

Recuerda la Delegada que lo examinado en el procedimiento Penal anterior aparecía regulado en el artículo 281 hoy en el 274, exigiendo para la presentación de los documentos en originales o en "copia auténtica", siendo en consecuencia inexcusable el imperativo de la autenticidad cuando de copias se trata, el cual, por lo acotado, no se cumple.

Tampoco se reúnen los requisitos sobre introducción de la prueba de modo regular y oportuno a través del ordenamiento oficioso por parte del juez en las oportunidades permitidas por la ley, o que al ser introducida por iniciativa de uno de los sujetos procesales previamente la hubiera pedido en la oportunidad procesal, siendo admitida por auto que así lo ordenase.

En el presente asunto, continúa, el procedimiento utilizado fue completamente irregular. La copia no fue autenticada por funcionario autorizado para ello, fue solicitada por uno de los sujetos procesales (la fiscal) la víspera de la audiencia, allegándola a la diligencia en vista de que no se presentaron a declarar los testigos citados legalmente para ese fin, o sea, que la misma la tenía reservada para suplir esas declaraciones. La Juez, por su parte, la incorporó a la actuación sobre el supuesto de ser una prueba trasladada, anunciando que posteriormente se leería, pero ello tampoco se cumplió.

Como quiera que las pruebas en el juicio deben ser solicitadas en la precisa oportunidad señalada por la ley (artículos 490, 491 y 492 del Código de Procedimiento Penal derogado y 446, 447 y 448 del vigente), solicitud que debe hacerse en el término de traslado para la preparación de la audiencia y que por ser conducentes disponga el juez en el mismo auto que fije la fecha para la audiencia, ello en el presente caso no ocurrió.

En esas condiciones, dentro de un sistema judicial de garantías, fuera de las mencionadas oportunidades el aporte de las pruebas se entiende precluido en el sistema legal, y además requiere de dos precisas circunstancias especiales: el examen de su conducencia que precisamente se refiere a la legalidad de la prueba misma, y su pertinencia o relación demostrativa con los hechos del Proceso, así como la lealtad procesal y la publicidad de la prueba, que le permita a los sujetos procesales distintos

del solicitante precaver de medios defensivos contra los nuevos elementos de prueba incorporados al Proceso. Finalmente, sólo podrán practicarse aquellas pruebas previamente decretadas, pero no las que simplemente lleve uno de los sujetos sin antes haberlas oficializado en el Proceso.

Lo anterior no mira a un aspecto puramente formal. La ritualidad de la prueba es tan importante que aún el artículo 29 de la Carta la preserva disponiendo la nulidad de pleno derecho de aquella "obtenida con violación al debido Proceso". Tampoco puede decirse que la Carta preserva el derecho material sobre el formal, pues ciertamente en estos casos la legalidad de la prueba conforma un núcleo de garantías del juzgamiento de tal trascendencia, que es un verdadero derecho material del procesado de ser condenado con fundamento en prueba "legal, regular y oportunamente allegada", que le permita al juzgador un estado de certeza pero sobre la base de "prueba que obre en el Proceso" artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en esas premisas, la Delegada es partidaria y así lo solicita de la Sala, que se admitan las pretensiones del recurrente de casar la sentencia en razón a que la prueba única que sirviera como fundamento al fallo de condena es ilegal, y en razón a que las restantes pruebas las de policía judicial fueron declaradas inexistentes por el Tribunal Sentenciador. Quedando de esa manera el Proceso sin prueba alguna válida, se debe producir una sentencia absolutoria por falta de medios sobre la responsabilidad del procesado.

Consideraciones de la Corte

Clara y precisa es la demanda en la presentación y desarrollo del cargo único que le formula a la sentencia. Según el pensamiento que el censor desarrolla, la prueba que sirve de base al fallo de condena se recaudó pretermitiendo los requisitos legales para su debida aducción al Proceso y ello a la vez que hace nula la probanza base de la decisión adversa, constituye violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho fundado en un falso juicio de legalidad que debe declarar la Corte para que en su lugar profiera un fallo absolutorio.

La anterior proposición obliga a repasar primeramente los términos de la sentencia que se acusa, identificando los fundamentos de hecho sobre los cuales descansa:

En tal propósito se observa que para el *ad quem* la materialidad del hecho no ofrece la más mínima discusión como tampoco lo objeta la defensa, luego de que el instructor verificara directamente la diligencia de levantamiento del cadáver y dispusiera el acopio de la información correspondiente.

Pero en relación con la autoría y responsabilidad del acusado como autor material del homicidio, la decisión recurrida se muestra en parte

permeable a las alegaciones defensivas que en la diligencia de audiencia controvirtieron como prueba de cargo las versiones rendidas por la denunciante Sulmira Herrera de Franco y los terceros Liboria Blanco Gómez, Betty Ospino Anaya y Neris Esther Salas Márquez, en cuanto las autoridades de Policía Judicial que verificaron su recaudo, carecían para esa fecha de competencia para alternar con el funcionario de instrucción que ya había avocado el conocimiento del asunto.

Sobre el valor que el *a quo* le diera a estas versiones tomándolas con fuerza de testimonio el fallo de segundo grado apuntó:

"...en la norma adjetiva transcrita (art.334 Decreto 050 de 1987), la investigación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial en la fase previa del Proceso penal solamente podía darse a falta de un juez de instrucción, pero de no ser así e iniciada esa etapa por un funcionario instructor, la Policía Judicial quedaba automáticamente excluida para intervenir por iniciativa propia en el asunto.

"Además del rebasamiento de facultades, el cuerpo de Policía mencionado pretermitió lo dispuesto en el artículo 252 del derogado código adjetivo, según el cual ninguna prueba podía ser apreciada sin auto en que se hubiera ordenado o admitido, pues actuó sin disponer en forma alguna la recepción del testimonio de las mentadas personas. Es de reconocer que en la etapa de investigación preliminar la controversia probatoria es precaria y no existe virtualmente publicidad de la prueba, pero ello no significa que pueda hacerse esguince alguno al principio de legalidad de la prueba en la etapa preliminar, pues, como dice Tiberio Quintero Ospina, tal principio "está concebido en una forma tan general que comprende tanto el Proceso (sumario y juicio) como las diligencias preliminares.

Siguiendo este orden de ideas, se tiene entonces que las declaraciones recibidas anómalamente por la Policía Nacional a las señoras Liboria Blanco, Betty Ospino Anaya y Neris Salas Márquez, aparte de practicarse fuera de la competencia de dicho organismo, son inexistentes por haberse realizado con desconocimiento del artículo 252 del código derogado. Es por esta última razón precisamente, por lo que no se les dará valor alguno, pues lo inexistente procesalmente es lo que no ha tenido nacimiento jurídico y por ello no tiene sentido apreciar la otra irregularidad señalada (incompetencia) en procura de una nulidad...".

No obstante lo discutible de la tesis del *ad quem* frente a las razonadas explicaciones del Juzgado bajo las cuales recordaba la competencia de la Policía Judicial para actuar en casos de urgencia y recibir y conservar la prueba, con mayor razón si ante ese organismo se había presentado directamente una denuncia y el personal que actuaba ni era el mismo que había participado en el levantamiento del cadáver ni aparecía directamente enterado sobre la actividad del juzgado permanente, y más aún, cuando el Juzgado de Instrucción había dictado un auto acogiéndolas como medios

probatorios, lo cierto es que el Tribunal desestimó esas probanzas, y que, de añadido, al referirse a los declarantes Carlos Gándara Ortega y Diego Fernando Ortiz, ellos sí escuchados por el instructor consideró que poco aportaban "para la determinación de la autoría del ilícito", en tanto se acogía por determinante, suficiente, ilustrativa y válida para fundar en ella la condena, la versión rendida por Noris Esther Salas Márquez el 22 de abril de 1993 en el Proceso seguido a los cosindicados Marco Antonio Rodríguez y José Manuel Correa, y allegada en la diligencia de audiencia por la Fiscalía.

Y contestando en ese caso los reparos que para entonces había intentado la defensa a la legalidad de ese medio probatorio, puntualizó el adquem que los tres requisitos impuestos en el artículo 255 del C. de P.P. a la prueba trasladada se reunían en el caso de la versión de la señora Salas, pues se estaba frente a la copia autenticada de una versión legalmente practicada y sometida a los principios de publicidad y contradicción, y que al valorar de acuerdo con la sana crítica suministraba el grado de certeza necesario sobre la responsabilidad del acusado en grado de autor.

La prueba base de la condena es, entonces, para el caso de la especie, esa versión testimonial rendida por la señora Neris Esther Salas Márquez, quien como vecina del occiso hizo una narración precisa y pormenorizada de la agresión que remató en la muerte violenta de Pedro Herrera Puerta, y que a falta de ella el Proceso carecía de otros medios por sí solos idóneos y suficientes que le pudieran dar apoyo a una decisión adversa.

Siendo lo anterior así, estima la Sala pertinente iniciar el análisis de la demanda relevando de la diligencia de audiencia pública su naturaleza de acto complejo no limitado a la simple finalidad pasiva de dar apenas paso a la alegación final de los sujetos procesales, sino de debate dinámico al interior del cual se concentre esa pluralidad de actividades informativas, probatorias y de debate oral, cuyo objetivo cumpla con la oportunidad última de conocer la verdad de lo ocurrido, sustento de una sentencia justa y acertada.

En el ámbito demostrativo, tema particular que en esta oportunidad más interesa, concentra el acto la práctica de las pruebas previstas para la etapa de la causa, "excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos"; pero además de las dispuestas de antemano (art. 447, C. de P.P.), y obedeciendo los principios de publicidad, lealtad, contradicción, imparcialidad e igualdad, es la audiencia ocasión para adicionar los medios que "surgieren" y fueren necesarios, y aún aquellos que de oficio halle el juez indispensables, con la invariable mira del suficiente esclarecimiento de los hechos como fin primordial de las actividades probatorias, en las que es deber expreso del funcionario judicial la búsqueda de la "verdad real" (cfr. artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 246, 247 y 249 ibídem).

De esta manera conciliará el juez su intervención de neutral director del acto, con la de garante de los derechos de los sujetos procesales, y partícipe imparcial en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, lo que le va a implicar no solamente el máximo cuidado en el decreto y práctica de medios, sino también cautela para que nunca puedan éstos convertirse en vía de sorprendimiento para alguno de los intervinientes procesales, a quienes debe dar la posibilidad de conocerlos y controvertirlos, si es menester, con la aducción de nuevas pruebas y la prolongación o aplazamiento del debate, siempre y cuando agote, por lo demás, esa práctica de pruebas, antes de darle curso a la intervención oral.

Sentados los supuestos que preceden, no es difícil notar que en el caso sujeto a controversia, el ingreso del medio sobre el cual debate la demanda, ni resultó sorpresivo, ni de la sola iniciativa de la parte que lo adujo en la audiencia, pues en la etapa de la causa se había decretado como prueba a recaudar durante la diligencia de audiencia el dicho testimonial de la señora Salas Márquez, lo mismo que las versiones de Betty del Socorro Ospino Anaya y Liboria Blanco Gómez que hasta entonces habían resultado de imposible comparecencia, y Rosalía Fuentes, madre del procesado. Pese a su oportuna citación, la única que de las anteriores concurrió y rindió la versión que se le solicitaba fue la señora Fuentes Hernández, quien como era de esperar, procuró respaldar el dicho de su descendiente.

Frente a ese resultado y sin que el lapso probatorio de la vista se hubiese agotado, la Fiscalía intervino para "poner en consideración de la señora Juez, copia autenticada de la declaración de Nerys Esther Salas Márquez rindiera el día 2 de abril de 1993 ante la Fiscalía Tercera de la Unidad de Previa y Permanente, en un Proceso que por los mismos hechos por los que procede esta audiencia pública se adelanta dentro de una reapertura de investigación contra los sujetos Marco Antonio Rodríguez Pájaroy José Manuel Correa... para que de ser aceptada se de lectura poniéndola en consideración de los demás sujetos procesales, siendo de anotar que esta testigo fue una de la citada para que el día de hoy concurra a esta diligencia".

De inmediato la reacción de la defensa fue de oposición a lo propuesto considerando que el documento no se había anunciado ni se hallaba avalado por la debida autenticación, reclamando por el respeto al principio de lealtad. Sin embargo, y para el caso de que la prueba resultase aceptada y agregada al expediente, remató en que debía valorarse "al momento de la Sentencia".

Como la presidenta de la audiencia admitió la copia a título de prueba trasladada, dispuso su agregación al expediente a fin de que todos los sujetos procesales tuvieran la oportunidad de conocerla y de controvertirla, advirtiendo que su apreciación se haría de acuerdo con las reglas prevista en la ley de procedimiento. Con esa decisión concluyó la primera sesión de la

audiencia, que habría de reanudarse en horas de la tarde de ese mismo día, concediendo a las partes el uso de la palabra en el orden que disponía la ley.

Desde este punto de vista, es evidente que si el medio probatorio discutido se integraba por la versión formal de un sujeto debida y oportunamente citado para que depusiera dentro del acto público, tenía que darse por admitida la necesidad y pertinencia de su recaudo, ajeno, por lo demás, al sorprendimiento que ahora acusa una de las partes, impuestas como habían sido todas y de antemano sobre la aportación de ese dicho en el debate de la causa. En otro aspecto es de anotar que dada su agregación en la última etapa probatoria y previas las alegaciones de los intervinientes procesales, también venían a cumplirse las exigencias de publicidad y de contradicción que garantizarían el amplio ejercicio defensivo, al cual y desde ese instante se aplicaría con celo la representación del acusado.

En otro aspecto de la discusión, dice el actor que la versión no llegó en copia autenticada ni expedida como lo exigiría la ley para estos casos. Pero un cotejo de las evidencias frente a las reglas que para el traslado de pruebas rige el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal y a las particulares circunstancias de este caso, no lleva menos que a ratificar los argumentos que arraiga el fallo de segundo grado.

Es de ver, en efecto, que al producirse la calificación del mérito sumarial había operado la ruptura de la unidad procesal, porque al impartir la calificación del sumario la investigación se había reabierto en relación con los procesados Marcos Antonio Rodríguez Pájaro y José Manuel Correa Franco (auto de junio 4 de 1992), y justo a raíz de esa escisión del rito, había informado el señor apoderado de la parte civil que de la prosecución de la instrucción estaba encargada la Fiscalía Tercera de Cartagena folio 161 del cuaderno principal, a la cual solicitó se le enterara su personería para proseguir con la representación del interés encomendado, lo que así acogió el Juzgado mediante auto de noviembre 4 siguiente.

Luego, no podría considerarse nueva ni sorpresiva para el Proceso la información que daba la Fiscalía en el curso de la diligencia de audiencia al advertir la existencia de ese segundo trámite y en ella del recaudo de la versión decretada de la señora Salas, dicho que lejos de pretenderse segregado de manera clandestina de aquel diligenciamiento, se acompañó de un oficio suscrito por el Técnico Judicial de la Unidad de Previa y Permanente de la Fiscalía, Seccional Cartagena, dirigido a la Fiscal Octava interviniente en el debate público, comunicado que alude a la remisión de la "copia autenticada de la declaración de la señora Nerys Esther Salas Márquez".

Se afirma, entonces, con el aval del Ministerio Público, que había hecho bien el juez en la primera instancia al desatender la versión llevada a la diligencia de audiencia, por ignorarse si se trataba de una versión váli-

damente allegada al Proceso dentro del cual obraba. Para darle contestación a esa inquietud importa tomar del propio encabezamiento de la versión rendida por la señora Salas, que ese testimonio se recibió en "la fecha y hora señalada en auto", lo que permite inferir válidamente su previa ordenación; que la declarante se identificó en debida forma, y que el Fiscal Delegado número Tres (el mismo al que se había referido el representante de la parte civil como conocedor de aquel asunto) le recibió el juramento "bajo cuya gravedad y penas prometió decir la verdad, y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir", lo que ajusta la pertinente exigencia de su legalidad y seriedad. Para remate, al final del acta suscriben quienes en ese acto intervinieron, lo que permite inferir el lleno de las exigencias previas y concomitantes propias para la validez intrínseca del acto. Es más: se ha puesto en evidencia que las partes tuvieron la ocasión desde el aporte de la prueba, de haber pedido aquellas corroboraciones o medios complementarios que hubieran confirmado o desestimado la autenticidad de la copia allegada, incluída la opción de solicitar de nuevo su agregación al expediente.

Afirma luego el censor que la legalidad de la copia se enerva porque quien la suscribe no es el Secretario del Fiscal sino un técnico judicial quien utiliza un sello que tampoco le pertenece a esa Secretaría sino a un auxiliar de Fiscal III, lo que le lleva a reputar el escrito por no autenticado, ya que a ese funcionario no le era dable asumir tales funciones, crítica que el Procurador reafirma con remisión a las disposiciones del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, por principio de integración.

Para empezar la réplica de esta última objeción, estima la Sala pertinente recordar que la autenticidad del documento la define la propia ley en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el art. 1115 del Decreto 2282 de 1989) al advertir que ella se da en un documento "cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado", añadiendo que el documento público "se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad", la que en el caso presente jamás resultó anunciada ni mucho menos formalizada.

Por otra parte, se hace forzoso responder a la Delegada que de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el 1117 del Decreto 2282 antecitado), también reciben valor probatorio de originales las copias autorizadas por "secretario de oficina judicial, previa orden del juez". De allí en adelante, lo que se requería era la aducción o solicitud oportuna de ese medio demostrativo y la respuesta afirmativa del juez otorgándole aceptación para el Proceso en el que se pretenda hacer valer, aspectos que como queda visto se realizaron en el último debate probatorio, habilitando la publicidad del documento y su oportuna contro versia, previa la iniciación de los debates orales de las partes se insiste.

Ahora bien. Que quien suscribe los duplicados no se haya identificado como Secretario sino como Técnico Judicial tampoco constituye para la

Sala defecto que de por tierra con la legalidad del medio controvertido o anule su valor demostrativo. Sobre este aspecto precisa recordar que al iniciar la Fiscalía General el ejercicio de sus funciones constitucionales, y en desarrollo de las atribuciones que le adscribía el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, el Fiscal General de la Nación expidió la Resolución 000064 de junio 30 de 1992 que en su artículo segundo señaló como deberes del "Profesional Universitario Judicial o del Técnico Judicial jefe de secretaría común"la de "12. Expedir fotocopias de documentos procesales, con destino diferente a las partes, y autenticarlas, siempre y cuando hayan sido autorizadas por el fiscal delegado que tenga asignado el Proceso o por el fiscal coordinador".

Luego, si alguna duda mortificaba a los sujetos procesales respecto de la legitimidad de estos documentos tras su admisión en el curso del debate por parte de la presidenta de la audiencia, tenían la oportunidad no empleada,que les abría el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "La parte contra quien se aduzca copia de un documento, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia auténtica expedida con anterioridad a aquella ... mediante inspección judicial dentro de la oportunidad para practicar pruebas", ocasión que les brindaba la práctica de un acto complejo y de aporte probatorio como era la diligencia de audiencia.

Esa versión rendida por la señora Salas Márquez, llegó entonces al Proceso en la oportunidad para la cual había sido decretada, y por vía de un traslado que suplía a último momento el incumplimiento de la testigo convocada, sin que la Sala encuentre que con su aporte se hayan desconocido las formas propias del debido Proceso de ley, ni mucho menos enervado el derecho de defensa, porque sus titulares, previamente advertidos del requerimiento de esa versión como necesaria al Proceso, gozaron de la ocasión de conocerla y discutirla en el acto público de juzgamiento, por excelencia idóneo para su controversia.

Si el contenido en sí de la versión proviene de un tercero presencial que por su inmediación al sitio de los hechos pudo enterarse de lo sucedido mientras se daba su decurso, y por lo mismo identificar al grupo de los agresores y entre ellos al heridor mortal de Pedro Manuel Herrera, señalando como tal al acusado Rocha Fuentes, la decisión condenatoria tendrá que mantenerse, con más razón si esa versión de oídas rendida ante el instructor por Carlos Gándara que bien se dijo, sola se hacía deficiente, de complemento le daba su aval a la vecina, pues su versión del caso era la misma que habían divulgado otros, presenciales también de la tragedia.

Concluyese, pues, en que el error de derecho que se pregona en la demanda no se acredita, y el cargo, por consiguiente, no prospera.

En defecto de lo anterior casará en todo caso la Sala el fallo recurrido de manera parcial y oficiosa, en cuanto atañe con la extensión de la pena

accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, porque al fijarse en la primera instancia en una duración igual a la de la pena principal (17 años), sobrepasó en mucho el límite legal de los diez años impuesto en el artículo 44 del Código Penal, al cual tendrá que regresar mediante la corrección que autorizan en este sede los artículos 228 y 2291 del código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

Primero. *Desestimar* la demanda de casación formulada por el señor defensor del procesado José Antonio Rocha Fuentes, y

Segundo. *Casar* parcial y oficiosamente el fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en contra del acusado José Antonio Rocha Fuentes, en el sentido de reducir a diez (10) años el término de la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta como accesoria por el delito de homicidio, y dejándolo inmodificado en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTICIA PENAL MILITAR/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Dada la especialidad de la Justicia Penal Militar, en ella, el punto de referencia de la acusación, y luego de comparación con la sentencia, no es la Convocatoria a Consejo de Guerra, sino el cuestionario que se le formula a los Vocales, pues además de que así se desprende del texto del artículo 673 del C.P. M., que obliga a redactarlos "de conformidad con la prueba que aparece en el Proceso", y no con alguna pieza procesal, ya de antes, y comentando una disposición que inclusive si condicionaba esa redacción del cuestionario "al auto de proceder"(artículo 559 del Decreto 0250 de 1958), así lo había dilucidado la Corte en pronunciamientos como el de 8 de mayo de 1981, del cual fuera ponente el Magistrado doctor Dante Fiorillo Porras, y en donde se afirma que:

"Conforme reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte la decisión que en el trámite de los juicios mediante Consejos Verbales de Guerra se equipara al auto de proceder del procedimiento ordinario no es, como con frecuencia se estima, la resolución de convocatoria de tales consejos, sino el cuestionario que se somete a la consideración de los vocales, de modo que lo que importa saber para estudiar la consonancia entre el veredicto y la sentencia no son los hechos en que se funda la resolución de convocatoria, sino aquellos, por los cuales se interroga a los vocales, que se incluyen en el respectivo cuestionario". (Resaltado fuera de texto).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. -Santa Fe de Bogotá D. C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Proceso No. 10995

Aprobado Acta No. 90

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del Cabo Primero Oscar Alfredo Payán Nery contra la sentencia del 23 de enero de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar

confirmó la condena impuesta por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra constituido en el Comando de la Octava Brigada del Ejército Nacional a dicho procesado y al Subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán, como responsables de los delitos de homicidio agravado y privación ilegal de la libertad cometidos en contra de Oscar Marín.

En la misma sentencia se absolvió al subteniente Lozano Guzmán de los delitos de torturas y lesiones personales infligidas al soldado Robinson Suaza López, y la privación ilegal de la libertad y lesiones personales causadas al reservista Antonio Josué Valencia.

Hechos

La sentencia impugnada definió tres acciones penales acumuladas, y aun cuando el recurso está referido tan solo a la primera, única a la que se vincula el procesado recurrente, en aras de dar claridad sobre el procedimiento, se enunciarán los sucesos que dieron lugar a la acumulación de causas.

Primer Proceso

Ante queja rendida por la señora Carmen Emilia García Vanegas (mujer mayor de 70 años de edad) quien desde varios días atrás venía siendo víctima de una extorsión que le hacía el individuo Oscar Marín Castaño, exigiéndole la suma de $1.700.000, el Subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán, Comandante de la Base Militar de Salamina, le dio orden al Cabo Primero Oscar Alfredo Payán Nery de emprender la captura del denunciado, procedimiento que el Cabo cumplió en compañía de dos soldados cerca del medio día del 28 de noviembre de 1992, trasladando a Oscar Marín Castaño a una caballeriza de la Base. En las horas de la tarde, la denunciante reconoció a su extorsionador y aproximadamente a las seis y media el Cabo Payán Nery y dos soldados llevaron al aprehendido en un carro de la Policía hasta la zona del aeropuerto donde también se trasladó el Subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán en una camioneta roja particular. Una vez allí, dieron de baja a Marín Castaño, so pretexto de estar adelantando un operativo antiextorsión.

Segundo Proceso

El 8 de diciembre de 1992, al soldado Robinson Suaza López se le disparó su arma a pesar de la orden expresa de mantenerla descargada. Interrogado sobre el incidente por el Subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán, entonces Comandante de la Base La Esmeralda, el soldado pretendió atribuirle el hecho a la Policía, pero como fuera desmentido por el Cabo Primero Oscar Alfredo Payán Nery, con ello dio lugar para que el oficial dispusiera que otros soldados ataran a Suaza a un alambrado boca arriba, pasaran sobre él, y le pusieran intermitentemente una toalla mojada en la nariz para provocarle ahogamiento. Posteriormente el oficial le propinó varios planazos.

Dos o tres días después del anterior suceso, el soldado Suaza López tuvo un altercado con el soldado ranchero Antonio Zamudio Mosquera a quien le arrojó la comida a los pies. Ante este nuevo incidente, el Subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán ordenó que lo amarraran a cuatro estacas de pies y manos durante 20 o 30 minutos, y despojado de su camisa le colocó hormigas en el estómago que le produjeron picaduras; más tarde lo hizo bañar y prestar servicio de centinela de las 6 a las 18 horas, y posteriormente introdujo en un pozo con agua de una profundidad de 2 o 3 metros que hizo construir en la base, hechos que provocaron en el soldado Suaza López una incapacidad definitiva de ocho días sin secuelas (folio 571).

Tercer Proceso

El 21 de enero de 1993, cuando el subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán cumplía sus funciones en el Municipio de Pensilvania, al enterarse por el soldado Geovany Ruiz Villa que el reservista Antonio Josué Valencia lo había tildado de "gonorrea" porque cuando prestaba su servicio en la región de Gualí le había dado mucha tabla, fue a buscarlo a la cafetería en donde se encontraba, y luego de agredirlo de palabra y de obra lo hizo conducir al lugar en donde estaba concentrada la compañía y allí le propinó puntapiés y golpes ordenando que lo mismo hicieran sus subalternos, causándole a Valencia una incapacidad de 8 días sin secuelas (folio 711).

SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES

Primer Proceso

El 30 de Noviembre de 1992, el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar dictó auto cabeza de Proceso. A partir de esa fecha y hasta el 30 de diciembre siguiente, fueron oídos en indagatoria Oscar Alfredo Payán Nery, el Subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán, los soldados Omar Villada Palacios, Rafael Antonio Rivera Castaño, Julián Román Casallas, Narciso Vente Montenegro y Geovanni Ruiz Villa.

En auto del 4 de marzo de 1993, el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar resuelve la situación jurídica de los indagados, imponiendo a todos la medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual de oficio revocó el 16 de ese mes, en favor de los soldados y la dejó vigente para el Oficial y el suboficial.

El 30 de abril de 1993, el Comandante de la Octava Brigada, designado como Juez de Primera instancia, declaró cerrada la investigación, pero revocó esa determinación el 17 de mayo, y al establecer que el tratamiento aplicado al soldado Robinson Suaza López le produjo una incapacidad de 8 días, oficiosamente dispuso investigar el delito de ataque al inferior (folio 345).

La investigación por el homicidio de Oscar Marín se declaró cerrada el 5 de agosto de 1993.

Mediante Resolución 027 de agosto 17 de 1993 el Comandante de la Octava Brigada del Ejército Nacional con sede en Armenia, convocó a Consejo Verbal de Guerra.

Al quedar en firme la Convocatoria (25 de agosto de 1993) se tuvo noticia sobre la existencia de otro Proceso para acumular por ataque al inferior y lesiones personales.

Segundo Proceso

Se origina en las copias compulsadas de la actuación anterior con fundamento en la incapacidad dictaminada para Robinson Suaza López. Por ello, el 27 de mayo de 1993 se dicta auto cabeza de Proceso.

El 30 de junio se escucha en indagatoria a Hugo Orlando Lozano Guzmán y el 7 de julio, el Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar le dicta medida de aseguramiento de detención preventiva por ataque al inferior, torturas y lesiones personales cometidos en contra del soldado Robinson Suaza López.

La investigación es cerrada el 19 de agosto de 1993, dando lugar a que mediante Resolución 029 del 30 de ese mes, el Comandante de la Octava Brigada del Ejército Nacional convocara a Consejo Verbal de Guerra. Ordenando su acumulación con el Proceso por homicidio.

Tercer Proceso

El 23 de julio de 1993 se dictó el auto cabeza de Proceso por los hechos que desde el 26 de enero de ese año había denunciado el reservista Antonio Josué Valencia. Por ellos, el 10 de agosto siguiente se escuchó en indagatoria al subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán a quien el 29 de septiembre se le decretó medida de conminación por abuso de autoridad y lesiones personales.

Esta investigación fue clausurada el 12 de noviembre de 1993. Por tanto, mediante Resolución 037 del 29 de ese mes y año, el Comandante de la Octava Brigada del Ejército Nacional redactó la Convocatoria a Consejo de Guerra verbal, por privación ilegal de la libertad y lesiones personales, y dispuso la acumulación de este asunto a los dos anteriores.

ACTUACIÓN ACUMULADA

En sesiones realizadas durante los días 24 y 26 de enero de 1994 se llevó a cabo el Consejo Verbal de Guerra. En él se formularon dos cuestionarios con respecto del suboficial Oscar Alfredo Payán Nery por la privación de la libertad de Oscar Marín y otro por la muerte del mismo. En relación con el subteniente Hugo Orlando Lozano Guzmán, se formularon

seis cuestionarios, el primero por la privación de la libertad de Oscar Marín; el segundo, por haberle dado muerte al mismo ciudadano; el tercero, por haber sometido a trato inhumano y cruel al soldado Robinson Suaza; el cuarto, por las lesiones causadas a Suaza; el quinto, privar de la libertad al reservista Antonio Josué Valencia; y el sexto por los golpes que le proporcionó a dicho civil causándole una incapacidad sin secuelas.

El escrutinio dio veredicto de responsabilidad para el Oficial y el suboficial por la privación de la libertad y la muerte de Oscar Marín. Y veredicto de no responsabilidad para el subteniente Lozano Guzmán en cuanto se refiere a los punibles que se le imputaron y de los cuales fueron víctimas Robinson Suaza y Antonio Valencia.

Mediante memoriales del 31 de enero y el 3 de febrero de 1994, el defensor de los dos procesados invocó el reconocimiento y decreto de unas nulidades.

La sentencia de primera instancia se emitió el 8 de febrero de 1994 en el sentido de acoger los veredictos anteriores (folio 362), contestando fundada y negativamente la nulidad propuesta. En providencia complementaria del 14 de febrero se dispuso cesar el procedimiento contra los soldados que fueron vinculados procesalmente y se ordenó compulsar copias para investigar la conducta del soldado Libardo Talaga Sarria.

El defensor interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, insistiendo, entre otros, en sus argumentos atinentes a la nulidad por no haberse precisado que el delito de homicidio era agravado, pero en pronunciamiento del 18 de abril de 1994, el Tribunal Superior Militar, desestimando de nuevo la nulidad, se abstuvo de proferir la sentencia de segundo grado, optando por declarar contraevidentes los veredictos de no responsabilidad que los vocales emitieron en favor de Hugo Orlando Lozano Guzmán por los delitos cometidos en contra de Robinson Suaza López y Antonio Josué Valencia. Por tanto, suspendió el acogimiento del veredicto de responsabilidad de los dos procesados respecto al delito de homicidio agravado y privación ilegal de la libertad de Oscar Marín, y revocó la cesación de procedimiento decretada en favor de los soldados, para deferirla a la sentencia definitiva.

Como consecuencia de lo resuelto por el superior el Juez de Primera Instancia, en Resolución 007 del 17 de junio de 1994, por segunda vez convocó a Consejo Verbal de Guerra para juzgar al subteniente Lozano Guzmán respecto de los delitos de tortura y lesiones, y privación ilegal de la libertad y lesiones (folio 462). Este acto quedó en firme el 1°. de agosto de 1994.

Efectivamente el día 23 de ese mes se realizó el Consejo Verbal de Guerra en el que nuevamente se obtuvo veredicto de no responsabilidad en favor del Subteniente Lozano Guzmán.

El Presidente del Consejo Verbal de Guerra emitió, entonces, la sentencia del 2 de septiembre de 1994, y apoyando su decisión en los veredictos emitidos en los dos Consejos Verbales celebrados, condenó a Hugo Orlando Lozano Guzmán y a Oscar Alfredo Payán Nery a 17 años de prisión como autores de los hechos punibles de privación ilegal de la libertad en conexidad con el homicidio agravado cometidos en contra de Oscar Marín. También les impuso las penas accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares e interdicción de derechos y funciones públicas (art. 30 Código Penal Militar). Por lo demás, absolvió a Lozano Guzmán por los delitos de tortura, lesiones personales y privación de la libertad, supuestamente cometidos en contra de Robinson Suaza y Antonio Josué Valencia. Y, finalmente cesó el procedimiento en contra de los soldados a quienes se había vinculado a la actuación en el primer Proceso.

También en esta oportunidad el defensor común de los dos sentenciados apeló infructuosamente la decisión, porque el 23 de enero de 1995, el Tribunal Superior Militar confirmó íntegramente su contenido.

Obsérvese que el profesional que venía representando a los dos condenados, interpuso el recurso de casación. No obstante, las demandas a nombre de uno y otro acusados aparecen suscritas por otro defensor, quien para esos efectos solamente recibió poder del sentenciado Oscar Alfredo Payán Nery, motivo por el cual, en decisión precedente, debió anularse la admisión de la demanda presentada a nombre de Hugo Orlando Lozano Guzmán.

La Demanda

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal Superior Militar al amparo de la causal tercera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 442.3 del Código Penal Militar, tras considerarla violatoria de la ley por indebida aplicación del artículo 260 de la misma codificación, por errores de hecho manifiestos, por cuanto en autos se aceptó que en el Proceso se había ventilado el punible de homicidio agravado, en concurso con el de privación ilegal de la libertad, cuando esas infracciones jamás fueron atribuidos en esa modalidad a Oscar Alfredo Payán Nery y por las cuales nunca se le juzgó.

Concreta la irregularidad en una calificación extemporánea que se hizo al final, en el último Consejo de Guerra, al haberse variado la inicial que se había llevado durante todo el Proceso, pues a Oscar Alfredo Payán Nery siempre se le sindicó del delito de homicidio simple y de ese cargo trató de defenderse. Por ello, el actor considera que los derechos a la defensa y al debido Proceso fueron conculcados, haciendo más gravosa la situación del implicado, porque jamás se le juzgó por hechos que tuvieran que ver con la agravación del homicidio ni con el delito de privación ilegal de la libertad y menos con el de abandono del puesto. Al efecto, recuerda el contenido de

la medida de aseguramiento en donde no hay referencias a la agravación del homicidio ni a la privación ilegal de la libertad, como tampoco las hay en las convocatorias a los consejos de guerra.

El libelista manifiesta que la afectación del debido Proceso y del derecho de defensa constituyen causal de nulidad al tenor de lo dispuesto por el artículo 464 del Código Penal Militar y a pesar de su existencia, el Tribunal Superior Militar profirió la sentencia de segunda instancia.

Para demostrar la acusación, el impugnante afirma que tanto el instructor como el Juez de primera instancia siempre tuvieron la convicción de que investigaban y juzgaban un homicidio simple, sin que jamás hablaran de ninguna circunstancia de agravación y menos de los delitos de privación ilegal de la libertad y abandono del puesto, cargos nuevos que fueron introducidos en el último Consejo Verbal de Guerra; vicio que hacía imposible un pronunciamiento de segunda instancia.

Aduce que a los procesados se les investigó por homicidio simple y "al momento de dictarse sentencia se hace con base en nuevos cargos que entre otras cosas no fueron objeto de ninguna clase de controversia".

Así, el impugnante solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y dicte la que en derecho corresponda en favor de Oscar Alfredo Payán Nery, declarando en qué estado queda el Proceso, según lo dispone el artículo 444 del Código Penal Militar.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Sin advertir la ausencia de personería del profesional que elaboró la demanda de casación a nombre de Hugo Orlando Lozano Guzmán, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal fusionó su concepto sobre los dos libelos, por la semejanza de su contenido.

Después de repasar las incidencias procesales concluye que desde el primer Consejo Verbal de Guerra, celebrado el 8 de febrero de 1994, se dispuso condenar a Oscar Alfredo Payán Nery y a Hugo Orlando Lozano Guzmán como responsables de los delitos de privación ilegal de la libertad en conexidad con homicidio agravado, decisión que se repitió en el segundo Consejo Verbal de Guerra, provocado por la contraevidencia de veredictos declarada por el Tribunal Superior Militar con respecto a otros hechos punibles atribuido a Lozano Guzmán. Por ello encuentra inexacta la afirmación del impugnante respecto a que en el último Consejo Verbal de Guerra se varió completamente la calificación inicial.

Advierte que en la Convocatoria al Consejo Verbal de Guerra, sólo se mencionó el delito de homicidio, pero que esa es una calificación provisional, como lo prevé el artículo 657 del Código Penal Militar. De otra parte, comenta que de acuerdo con la disposición 672 ibidem, después de la audiencia el Presidente del Consejo, con el Asesor Jurídico, tienen la facultad

de formular los cuestionarios, haciendo nuevos cargos si consideran que hubo alguna omisión sobre hechos punibles, en vista de que el artículo 682 de ese estatuto dispone que no se debe quedar ninguna situación sin resolver.

El Delegado estima que no se vulneró el derecho de defensa de los procesados por cuanto esa legislación no prevé la concordancia entre la resolución de Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra y los cuestionarios, en los cuales se deben determinar los hechos, sin denominación jurídica, pero incluyendo las circunstancias que los modifican.

Por otra parte, dado que los cuestionarios deben ser leídos en voz alta, que de ellos se entrega copia a los vocales y que se allega otra copia al Proceso, dándole un tiempo prudencial a la defensa y a los procesados para que se enteren de los cargos y preparen sus alegaciones, el Procurador concluye que no hubo violación al derecho de defensa; en su lugar, encuentra que el defensor no utilizó la oportunidad que le otorga el artículo 675 del Código Penal Militar. Con el mismo argumento, tomado del pronunciamiento del Tribunal Superior Militar, el conceptuante descarta la violación del derecho de defensa que el actor pregona por el hecho de que la imputación por el delito de Privación Ilegal de la libertad no fue considerada en la Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra.

También puntualiza que desde el primer Consejo Verbal de Guerra a los autores del hecho se les atribuyó la autoría con elementos que agravan esa responsabilidad, según lo contemplan los ordinales 5 y 6 del artículo 260 del Código Penal Militar, respecto a haber actuado con sevicia y haber colocado a la víctima en estado de indefensión.

En síntesis el agente del Ministerio Público considera que no es admisible y que, por tanto, la Corte no debe casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala

Pese a la confusión inicial que muestra la demanda cuando invoca una causal de nulidad, pero atribuye a la sentencia la violación del artículo 260 del Código Penal Militar por errores de hecho, acusación esta referente a la causal primera de casación, pero impropia de un juzgamiento con intervención de vocales, es lo cierto que no se trata de un defecto trascendente que enerve el pronunciamiento de mérito, pues esta apariencia pronto se supera cuando el actor endereza definidamente su argumentación a demostrar que en este Proceso se violaron los derechos de defensa y debido Proceso, cuando al procesado se le investigó y juzgó por el delito de homicidio simple, y luego se condenó por homicidio agravado, y otras infracciones no imputadas como la privación ilegal de la libertad y abandono del puesto. Así planteado y desarrollado el postulado, no cabe duda de que el cargo quedó circunscrito a la causal de nulidad.

Sin embargo, los argumentos que el impugnante aporta para sustentar la vulneración de las citadas garantías fundamentales, indudablemente

develan la intención de que se dé aplicación a los principios procesales propios de la jurisdicción ordinaria, los cuales, dada la naturaleza y especialidad del procedimiento militar, obviamente carecen de operancia en toda su dimensión, pues el principio de integración excluye los casos expresamente regulados en el ordenamiento especial.

Es así como el inconforme pretende aducir una irregularidad sustancial, construyéndola a partir de la comparación entre las Resoluciones que convocaron a Consejo de Guerra Verbal y la sentencia de segundo grado, entre las cuales encuentra diferencia porque aquellas no imputaron la comisión de un delito de homicidio agravado, mientras que ésta sí lo dedujo para condenar y graduar la sanción, que es tanto como afrontar una inconsonancia entre los cargos y la sentencia.

E igualmente formula una acusación irreal como es la de asegurar que a su representado se le dedujo responsabilidad por el delito de abandono del puesto. Sin embargo, dada la especialidad de la Justicia Penal Militar, en ella, el punto de referencia de la acusación, y luego de comparación con la sentencia, no es la Convocatoria a Consejo de Guerra, sino el cuestionario que se le formula a los Vocales, pues además de que así se desprende del texto del artículo 673 del C.P.M., que obliga a redactarlos "de conformidad con la prueba que aparece en el Proceso", y no con alguna pieza procesal, ya de antes, y comentando una disposición que inclusive sí condicionaba esa redacción del cuestionario "al auto de proceder"(artículo 559 del Decreto 0250 de 1958), así lo había dilucidado la Corte en pronunciamientos como el de 8 de mayo de 1981, del cual fuera ponente el Magistrado doctor Dante Fiorillo Porras, y en donde se afirma que:

"Conforme reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte **la decisión que en el trámite de los juicios mediante Consejos Verbales de Guerra se equipara al auto de proceder** del procedimiento ordinario no es, como con frecuencia se estima, la resolución de convocatoria de tales consejos, sino el **cuestionario que se somete a la consideración de los vocales**, de modo que lo que importa saber para estudiar la consonancia entre el veredicto y la sentencia no son los hechos en que se funda la resolución de convocatoria, sino aquellos, por los cuales se interroga a los vocales, que se incluyen en el respectivo cuestionario". (Resaltado fuera de texto).

Lo anterior se corrobora todavía más cotejando la regulación del contenido de la Convocatoria al Consejo Verbal de Guerra (artículo 657) que en este aspecto solamente exige una calificación jurídica provisional en la que se señale la ley penal aplicable por su título y capítulo, lo que excluye otras especificaciones, siendo apenas de esperar que el hecho se describa en términos que habiliten el ejercicio integral de la defensa, de modo que no llegue a darse un sorprendimiento del procesado, lo que en ningún momento se muestra en el caso de la especie, pues dentro de la descripción y el análisis probatorio que contiene la Convocatoria se refirió el he-

cho bajo unas circunstancias que no variaron con motivo de la elaboración de los cuestionarios, ni del proferimiento del fallo, y que resaltan el sometimiento irregular y por fuerza de la víctima, a la cual se condujo a las instalaciones militares, se le privó allí de su libertad, y posteriormente se le sacó por varios uniformados armados para causarle la muerte sin conmiseración alguna, sin atender sus voces de sometimiento y ruego por su vida, ni concederle la más mínima posibilidad de defenderse.

En estas condiciones, y sin que el actor impugne el contenido de los cuestionarios, se ha de resaltar que tampoco en el examen de su texto vislumbra esta Colegiatura un distanciamiento con las exigencias normativas, porque siguiendo el texto del citado artículo 673 del estatuto penal militar se observa que en el Consejo Verbal de Guerra celebrado el 24 de enero de 1994 en el Comando de la Octava Brigada del Ejército Nacional se formularon dos cuestionarios respecto de Oscar Alfredo Payán Nery, cuyo contenido, en su orden, fue el siguiente:

"El acusado presente Cabo Primero del Ejército Nacional Oscar Alfredo Payán Nery, de anotaciones civiles y militares conocidas en autos, es responsable SI o NO, de haber privado efectivamente de su libertad, con claro abuso de sus funciones y en concertación con otro, al particular Oscar Marín el día 28 de noviembre de 1992, en el perímetro urbano del municipio de Salamina Caldas, a eso de las once de la mañana, permitiendo su retención sin orden de autoridad competente, hasta las 18:30 horas aproximadamente del mismo día en la Base Militar acantonada en el Matadero Municipal?".

"El acusado presente Cabo Primero del Ejército Nacional Oscar Alfredo Payán Nery, de anotaciones civiles y militares conocidas en autos, es responsable Sí o No, de haber ocasionado la muerte, junto con otro, del particular Oscar Marín, con su fusil de dotación, cuando después de efectuar su retención ilegal, lo trasladó hacia la Base Militar ubicada en el Matadero Municipal de Salamina Caldas, para posteriormente llevarlo a un sector aledaño al aeropuerto, en donde procedió a rematarlo con una ráfaga de fusil por tratarse de un estorbo para la sociedad, según hechos ocurridos el 28 de noviembre de 1992 a eso de las 18:30 horas, en jurisdicción del citado municipio?".

Es evidente que estas formulaciones no incluyen una denominación jurídica para los hechos, pero ello obedece, como ya se dijo, a una expresa limitación legal; sin embargo, es innegable que contienen una síntesis concreta de los hechos imputados y las circunstancias que concurrieron a su realización y que permitían valorar la privación injusta de libertad y el homicidio con su agravante, al mencionar el sometimiento por fuerza del ofendido, su retención, vejámenes e indefensión en la que se le había colocado, lo que indudablemente agravaba el acto ilícito de supresión de su vida.

Como se ve, los supuestos de la acusación que formula el demandante resultan inexactos, porque además de que la imputación completa de privación injusta de libertad y homicidio agravado consta en los cuestionarios formulados a los vocales en el Consejo Verbal de Guerra, esa imputación operó en la primera vista, y no en la segunda, la que sólo repitió los cargos que provocaron el primer veredicto absolutorio, y exclusivamente en lo que respecta a las causas acumuladas seguidas contra el Subteniente Lozano Guzmán.

Por otra parte, la defensa tampoco podía darse por sorprendida con la sentencia, cuando el Fiscal acusador, quien intervino primeramente ante los Vocales, hizo expresa connotación de las circunstancias dentro de las cuales ocurrió el deceso de la víctima, y por consiguiente las calificó, él sí, dentro de las denominaciones normativas, con cita de las disposiciones aplicables, lo que le daba a la defensa clara noticia de la dimensión de la imputación, lo mismo que la oportunidad de replicar y contradecir esas específicas circunstancias de agravación del homicidio.

Ahora bien, que el Proceso cumplido sea verbal y por ende muy breve, no da lugar para predicar una violación al derecho de defensa, porque los cuestionarios le fueron dados a conocer no sólo a los vocales sino también a los sujetos procesales, y a éstos se les otorgó, como así consta, la oportunidad de hacer uso del término legal de preparación adicional de sus intervenciones, corriéndoles traslado hasta por el término de 3 horas, antes de alegar, y así consta haberles sido impuesto.

De esta manera, si la ritualidad procesal se sujetó a lo establecido por la legislación vigente para el juzgamiento dentro de la justicia penal militar, se deben descartar irregularidades con la capacidad de viciar el Proceso, y si tampoco se coartaron los derechos allí establecidos para ejercer la defensa en todas sus modalidades lo que tampoco prueba el demandante, menos se puede hablar de un atentado a esta garantía constitucional.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Es de aclarar, antes de concluir, que mediante fallo C145 del 22 de abril de 1998 la Corte Constitucional declaró inexequibles los artículos 656, 657, 660, 661, 662, 675, 676, 680 y 699 del Código Penal Militar, los numerales 4 del artículo 434 y 9 del artículo 639, y el inciso 4 del artículo 404 ibídem, los que tenían que ver con la intervención de vocales en los Consejos Verbales de Guerra. Sin embargo, tal determinación carece de incidencia sobre el caso que en la hora presente se examina, pues en la misma decisión se aclaró que dicha inexequibilidad sólo regiría a partir de la notificación de dicho fallo, y que se aplicaría a los Procesos en curso "salvo aquellos en los que ya se hubiese dictado sentencia". Como tal era para entonces la situación de esta actuación, en cuanto en ella se habían proferido ya los fallos de primera y de segunda instancia, es de inferir sin dificultad alguna que tal pronunciamiento no enerva la actuación ya para

entonces superada, lo que reafirma con la validez de la decisión de no casar que aquí se adopta, la solidez de la sentencia impugnada.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Extinción de la acción

Dicho de otra manera, para que la causal segunda de revisión sea procedente se necesita que la circunstancia objetiva de extinción de la acción esté acreditada en el expediente, y sin embargo, pese a ello, el Proceso se hubiere iniciado o proseguido terminando con una sentencia condenatoria.

Es cierto que la atipicidad plenamente comprobada da lugar a que en el curso del Proceso se extinga la acción penal mediante la preclusión, pues ese puede ser uno de los temas objeto del debate. pero culminada la actuación con sentencia ejecutoriada los hechos adquieren la condición de cosa juzgada. de manera que no es procedente. so pretexto de la acción de revisión, continuar debatiendo sobre lo ya resuelto.

La no responsabilidad de un condenado puede dar lugar a la acción de revisión pero por otras causales, como por ejemplo cuando surjan hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates. o cuando se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo objeto de revisión fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero, o se fundamentó en prueba falsa, pero no puede, contrariando la realidad procesal, dar por probado lo que por otra vía podría ser objeto de la revisión, para alegar que cuando se dictó el fallo existía una causal no objetiva de extinción de la acción penal, pues la sentencia que se ataca dice lo contrario, y está cobijada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14385

Aprobado Acta No. 90

VISTOS

Decide la Corte sobre la viabilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado del sentenciado Carlos Arturo Pardo Hernández.

ANTECEDENTES

1. Julio Cesar Vega Chacón era titular de la cuenta corriente número 02825586-7 del Banco de Bogotá de la calle 13 con Cra. 30 de esta ciudad, y estaba autorizado para manejar dicha cuenta el señor Efraín Ulloa Vanegas. Falsificando la firma de éste último, en enero de 1988 se cobraron por canje los cheques C-3479396 por siete millones trescientos mil pesos ($ 7.300.000), y el C-3479398 por ocho millones doscientos cincuenta mil pesos ($8.250.000). Los dineros llegaron a la cuenta que Carlos Arturo Pardo Hernández abrió a nombre de ACSONAL en el Banco de Bogotá en la plaza de Nariño, y obrando en calidad de representante legal de esa corporación retiró cerca de ocho millones de pesos, y otros seis millones no pudo sacarlos por haberse negado el Banco a pagarle el cheque argumentado falta de efectivo en las arcas.

2. El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a Pardo Hernández como coautor de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, y a Ciebel Ortiz Quiceno, José Domingo Varón Rivera y Conrado Noreña Salazar, en condición de cómplices. Al primero le impuso una pena de treinta meses de prisión y cien mil pesos de multa, y a los demás quince meses de prisión y multa de cincuenta mil pesos a cada uno.

3. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, con sentencia de fecha junio 8 de 1994, absolvió a todos los sindicados por los cargos de estafa, y confirmó la sentencia condenatoria por falsedad en documento privado en concurso, rebajando la pena impuesta a Carlos Arturo Pardo Hernández, a veinte meses de prisión.

LA DEMANDA

1. El actor aduce como causal de revisión la prevista en el numeral segundo del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, ya que considera que se profirió sentencia condenatoria contra Carlos Arturo Pardo Hernández sin aparecer en el Proceso plenamente comprobado que él cometió el delito, lo cual constituye un hecho extintivo de la acción penal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 36 ibidem.

2. Desarrolla la causal invocada cuestionando la autoridad de las decisiones y reviviendo la crítica del debate probatorio de instancia. En ese orden de ideas presenta como fundamentos de su pretensión: a) La atipicidad de la conducta de Carlos Arturo Pardo Hernández; b) La ausencia de prueba sobre la responsabilidad en el hecho punible imputado; c) Discrepa de las reglas de la sana crítica seguidas por el sentenciador en la valoración de la prueba testimonial, documental y de cotejo grafológico; y d) Refuta al juzgador la interpretación de las normas jurídicas y la lógica de los argumentos que constituyeron la razón para sentenciar.

3. Con el escrito aporta copia de los fallos de primera y segunda instancia, certificación de ejecutoria de los mismos y el poder.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La causal de revisión que invoca el actor en la demanda se refiere a los casos en que "se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en Proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición validamente formulada, **o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal".**

Esta última expresión está empleada dentro del mismo contexto en que la utiliza el Código Penal, esto es, refiriéndose a causales objetivas de extinción de la acción, como la amnistía, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, la retractación, el pago, etc., en cada uno de los casos en que esas figuras proceden.

La causal en estudio no puede ser utilizada para alegar atipicidad de la conducta o motivos de justificación o inculpabilidad, pues tratándose de una decisión condenatoria ellos fueron afirmados en el fallo que ya hizo tránsito a cosa juzgada, y la acción de revisión no es para darle un debate adicional a lo que ya fue sentenciado, pues su naturaleza no es la de ser una tercera instancia.

Dicho de otra manera, para que la causal segunda de revisión sea procedente se necesita que la circunstancia objetiva de extinción de la acción esté acreditada en el expediente, y sin embargo, pese a ello, el Proceso se hubiere iniciado o proseguido terminando con una sentencia condenatoria.

2. El demandante, con un escrito en el que cuestiona la valoración probatoria y la interpretación dada a las normas aplicadas, pretende que se le acepte que su cliente no es responsable porque no está probado que cometió el delito, y además porque la conducta es atípica, lo cual daría lugar a la extinción de la acción.

Es cierto que la atipicidad plenamente comprobada da lugar a que en el curso del Proceso se extinga la acción penal mediante la preclusión, pues ese puede ser uno de los temas objeto del debate, pero culminada la actuación con sentencia ejecutoriada los hechos adquieren la condición de cosa juzgada, de manera que no es procedente, so pretexto de la acción de revisión, continuar debatiendo sobre lo ya resuelto.

La no responsabilidad de un condenado puede dar lugar a la acción de revisión pero por otras causales, como por ejemplo cuando surjan hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, o cuando se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo objeto de revisión fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero, o se fundamentó en prueba falsa, pero no puede, contrariando la realidad procesal, dar por probado lo que por otra vía podría ser objeto de la revisión, para alegar que cuando se dictó el fallo existía una causal no objetiva de extinción de la acción penal, pues la sentencia que se ataca dice lo contrario, y está cobijada por la doble presunción de acierto y legalidad.

3. Sobre situación similar se pronunció la Corte el 8 de junio de 1993, con ponencia del doctor Jorge Enrique Valencia, así:

"La confusión del profesional es indudable al asimilar una causal de inculpabilidad con una de extinción de la ación penal. Aunque ambas tienen los mismos efectos pues impiden que la acción del Estado se produzca efectivamente, son por completo diferentes en su naturaleza.

En efecto, la causal de inculpabilidad impide que el delito se estructure al carecer de uno de sus elementos fundamentales. El hecho punible, por tanto, no surgió a la vida jurídica y por ello, el Estado debe cesar su procedimiento en contra del imputado.

En cambio, la extinción de la acción o de la pena se producen en presencia de un hecho punible, cuya tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad han sido demostradas. Sin embargo, razones de política criminal (matrimonio en los delitos contra la libertad y el pudor sexuales o la retractación en los delitos contra la integridad moral), de orden público (amnistías e indultos), temporales (prescripción), o por la imposibilidad misma de seguir con el Proceso (muerte del procesado), etc., hacen aconsejable el fenecimiento de la potestad estatal".

4. En armonía con lo anterior, es evidente que la demanda debe ser rechazada, pues el actor acude a una causal que dados los argumentos que presenta es improcedente.

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. *Reconocer* al doctor Jesús María Pardo Hernández como apoderado de Carlos Arturo Pardo Hernández, en los términos descritos en el respectivo poder.

2. *Rechazar in limine* la demanda de revisión presentada por el apoderado del sentenciado Carlos Arturo Pardo Hernández.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COPIAS-Expedición/ INDICIO/ ERROR DE HECHO/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ SUBROGADO PENAL/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Esta Corporación ya ha sentado el criterio de que la falta de vinculación de uno o varios imputados, no constituye una irregularidad, pues sería susceptible de superarse mediante la orden de expedición de copias, ya que si bien el artículo 88 del C. de P. P. ordena que por cada delito habrá de adelantarse una sola averiguación penal, sin importar el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

Cuando se ataca la prueba indiciaria se corre el riesgo de oponer al criterio del juzgador una apreciación subjetiva y personal, postura que resulta inaceptable para los fines del recurso donde la pretensión de derrumbar el fallo de instancia no se puede hacer sobre la base de simples discrepancias valorativas.

Pero alegar el Error de Hecho resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de la experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimiento y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por errónea y a pesar del sentido común y de la justicia". (Febrero 13 de 1995, M.P., Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

Ha sido criterio de esta Corporación que aún siendo las circunstancias genéricas de agravación punitiva uno de los factores a tener en cuenta al momento de realizar la dosificación de la punibilidad, es necesario que aquéllas de índole valorativa sean expresamente deducidas desde la acusación para que puedan luego ser consideradas por el fallador a efectos de garantizar el derecho de defensa del procesado y la estructura básica del Proceso.

2. Siendo la preparación ponderada del hecho punible un ingrediente sicológico o subjetivo que se concreta en premeditar y reflexionar los actos tendientes a la realización del hecho criminoso, a la hora de su deducción en la acusación para poder ser derivada el fallo, es necesaria su motivación.

No sucede lo mismo con la circunstancia contenida en el numeral 11 de la norma en referencia, (la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por cargo, oficio o ministerio), que por lo general implica un juicio de valor. Aunque en el caso de altos funcionarios del Estado, suele ser de carácter objetivo. Pero ya respecto de abogados litigantes por sí sola no tiene esas implicaciones: el cargo, oficio o ministerio, a los que se refiere la agravante, no es solamente aquel ejercicio de una profesión que requiera conocimientos especiales, sino aquella actividad que por su preeminencia y reconocimiento dentro de la sociedad exige de quien lo ejecuta, la concurrencia de valores éticos y morales e incluso, en muchos casos, una cierta posición jerárquica, con facultades de representar, disponer y gozar de ciertos privilegios, acordes con la actividad que desempeñe.

Si bien el ejercicio de la abogacía requiere una especial preparación para el eficaz desempeño de dicha labor, no por ello se puede deducir la agravante en comento por el solo hecho de que el sujeto activo sea un profesional del derecho, porque este factor por sí solo, no tiene la connotación que en ella se involucra.

Ahora bien, el artículo 68 del Código Penal autoriza suspender la ejecución de la sentencia cuando la personalidad del condenado, la naturaleza del hecho o sus modalidades, permitan suponer que no requiere tratamiento penitenciario.

Ese juicio de necesidad que sobre el cumplimiento efectivo de la pena es imperativo llevar a cabo, debe considerar las particularidades del ilícito y de la culpabilidad del procesado, no aislando los fundamentos de la condena, sino contextualizando e integrando todos los factores concurrentes que hagan de la decisión una medida orientada por la teleología de la pena y no por el capricho, la opinión o la dureza irracional.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 9660

Aprobado Acta No. 90

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Gonzalo Villamarín Valero, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que revocó la absolutoria que había emitido el Juzgado 54 Penal del Circuito de esta ciudad y en su lugar lo condenó a la pena de 36 meses y 20 días de prisión, como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado, fraude procesal y estafa agravada por la cuantía, así como a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal y suspensión en el ejercicio de su profestón por un período de 2 años. Igualmente se le impuso el pago de perjuicios materiales y morales en cuantía de cinco millones de pesos y el equivalente a quinientos gramos oro, respectivamente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquéllos fueron denunciados por la señora Marina Silva Ramírez quien puso en conocimiento de las autoridades que el procesado José Gonzalo Villamarín Valero presentó ante un Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad un poder presuntamente otorgado por ella, para que mediante los trámites de un Proceso ejecutivo laboral contra la Caja Nacional de Previsión obtuviera el pago de las prestaciones sociales y pensión de jubilación, a que tenía derecho como empleada de la Nación durante un lapso de 26 años.

Indicó la denunciante que la presentación del poder se efectuó el 17 de abril de 1989 ante el Juzgado 6o. Laboral y luego del trámite correspondiente el denunciado retiró dos títulos judiciales por las sumas de tres y doce millones quinientos mil pesos, respectivamente, dentro de los cuales iba incluida la suma de $ 2.809.742.oo por la cual se liquidó definitivamente su crédito.

Agregó que no conoció al acusado con anterioridad al presunto otorgamiento del poder y que además estuvo fuera del país desde el 5 de noviembre de 1982 hasta el 5 de agosto de 1990, por lo cual era imposible que le confiriera tal poder, o que hiciera presentación personal del mismo ante un Juez Laboral.

Es de agregar que la demanda, era un libelo conjunto en que se actuaba además en representación de otras 21 personas y que habiendo sido

adicionada se suministraron direcciones que no correspondían a los presuntos actores o que no existían.

Con base en esa denuncia y su posterior ampliación, el entonces Juzgado 55 de Instrucción Criminal ordenó la apertura de investigación el 8 de noviembre de 1990, etapa dentro de la cual practicó numerosas pruebas, entre ellas la indagatoria y la ampliación de la misma al acusado José Gonzalo Villamarín Valero a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva. Así mismo, reconoció a la denunciante, señora Silva Ramírez, como parte civil dentro del Proceso. La actividad procesal se restringió al caso de la señora Ramírez.

El Juzgado instructor, que luego pasó a denominarse Fiscalía 155 de la Unidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública, declaró cerrada la investigación el 7 de julio de 1993 y el 4 de agosto siguiente calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de José Gonzalo Villamarín Valero, como presunto autor responsable de los delitos de falsedad en documentos privados en concurso con los delitos de fraude procesal y estafa, agravados por la cuantía.

El conocimiento del asunto fue asumido por el Juzgado 54 Penal del Circuito el 17 de agosto de 1993, despacho que luego de realizar la correspondiente audiencia pública, dictó sentencia el 26 de noviembre de ese año, mediante la cual absolvió a José Gonzalo Villamarín Valero de los cargos que se le habían imputado en el transcurso de la investigación, por considerar que se daban los presupuestos para aplicar el artículo 445 del C de P.P.

Al ser recurrida la anterior decisión por la Fiscal 155, el Tribunal Superior la revocó y en su lugar profirió sentencia condenatoria contra Villamarín Valero, con lo resultados reseñados en precedencia, mediante providencia contra la cual se interpuso el recurso de casación que nos ocupa.

Dicha decisión se fundamentó en diversos indicios derivados de la prueba documental y testimonial aportada al Proceso, de la conducta del procesado y de sus explicaciones que se consideraron insuficientes.

La Demanda de Casación

Dos cargos formula el censor, contra la sentencia del Tribunal, así:

Primer Cargo: "Proceso Viciado de nulidad: Error in Procedendo".

Estima el casacionista que en la sentencia recurrida se han vulnerado el debido Proceso y el derecho a la defensa (numerales 2o y 3o del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.).

En lo que titula "Existencia e individualización de Armulfo Criollo", manifiesta que en el Proceso existe abundante prueba testimonial que

señala al citado señor como persona que trabajó en la Caja Nacional de Previsión en la Sección de Archivo y Prestaciones Sociales, como supernumerario. Así en una diligencia de inspección judicial, la señora Flor Alba Ríos Cerinza, encargada de esa dependencia, señaló a Arnulfo Criollo como uno de los integrantes de una "comisión" que laboraba en sistemas, de cuyos servicios posteriormente su jefe tomó la decisión de prescindir y además relató lo relacionado con un problema sucedido entre el citado Criollo y el abogado Guillermo Preciado, quien también rindió declaración y ratifica lo afirmado por la citada Flor Alba; por último, la Secretaria (del acusado) Dilma Nelly Cárdenas Mendoza quien señala a Arnulfo Criollo como la persona que llevó a la oficina del procesado a quien dijo llamarse Marina Silva Ramírez. A estos testimonios se une el del mismo imputado quien señaló que Arnulfo Criollo, por la época de los hechos, trabajaba en la sección de archivo de la Caja Nacional de Previsión Social y fue quien llevó a su oficina a la mujer suplantadora.

Tales medios de convicción demuestran la certeza y actividades desplegadas por quien dijo llamarse Arnulfo Criollo, el mismo que trabajó transitoriamente en la entidad mencionada y se encontraba en optimas condiciones para extraer las informaciones necesarias con destino a los abogados que litigaban en ese ramo.

La omisión en aportar al Proceso la cédula de ciudadanía de dicho sujeto, no puede tener la virtud de borrar la existencia del mismo, quien junto con una mujer incógnita integraron la pareja adecuada "para inducir en error a Villamarín Valero y hacerlo actuar como abogado en ejercicio en la forma establecida en el expediente".

Luego de referirse a las consideraciones de la Fiscalía para no vincular procesalmente al mencionado Arnulfo Criollo, estima que con ello se vulneró el debido Proceso, porque según el artículo 352 del C. de P.P., esta no es una facultad omnímoda y subjetiva sino que señala directrices que se presentaban en el caso *sub judice*. De esa manera se vulneró el derecho a la defensa de su prohijado, pues en más de una ocasión se negó la práctica de una prueba tan esencial, lo que a la vez condujo al desconocimiento de otras garantías, como el principio de contradicción, pues la versión de Criollo habría podido controvertirse con los elementos de prueba obrantes en el Proceso, a fin de señalarlo, junto con la mujer no identificada, como las personas que "urdieron la inicua patraña que a la postre degeneró en la sentencia de segunda instancia ahora recurrida en casación". También consideró vulnerado el derecho a la igualdad por parte de la Fiscalía, al establecer ese desequilibrio entre quien reclamó ser oído en indagatoria y quien se ha venido escudando bajo un manto de impunidad, pues siempre se trataron de allegar pruebas que comprometieran a su representado. Igualmente se desconoció el artículo 334 del C de P.P., que ordena practicar las pruebas respecto de quiénes son los partícipes del hecho y la funcionaria no se preocupó por saber quienes eran los verdaderos autores.

El desconocimiento de los preceptos anteriormente mencionados, se constituye en la causal de nulidad consagrada en el numeral 2o del artículo 304 del C de P.P.

También consideró vulnerado el artículo 88 del C de P.P., que permite la ruptura de la unidad procesal siempre que no afecte las garantías procesales, porque en tal caso la actuación sería nula; en el caso del concurso de personas no sucede lo mismo, porque la ley no introduce excepción alguna y por lo tanto si se presenta la ruptura, lo actuado estaría nulo. En este caso, para el recurrente, la nulidad aparece protuberante, por las razones que ha venido sosteniendo.

Explica que de acuerdo a los medios de prueba obrantes en el Proceso, si bien el Dr. José Gonzalo Villamarín Valero "concurrió en la realización de los hechos punibles, lo hizo con "intención inocente", por lo que no se trata de establecer "el grado de concurso prestado", sino la ausencia de conocimiento y voluntad en su proceder.

Con base en los anteriores argumentos, solicita se decrete la nulidad a partir del auto de cierre de investigación inclusive para que la Fiscalía reponga la actuación con la vinculación de Arnulfo Criollo y practique las pruebas que de ese hecho se desprendan.

Segundo Cargo:

"Violacion indirecta de normas sustantivas de derecho penal: Articulos 5o, 36, 23, 66 nals 4o. y 7o. del codigo penal provenientes de manifiestos errores de hecho, por falsos juicios de existencia al ignorar el fallador de instancia pruebas existentes en el proceso y por falsos juicios de identidad al distorsionar o tergiversar el sentido de la prueba, haciendole producir efectos no derivados de su contexto".

A efectos de demostrar la ausencia "de la culpabilidad"en la conducta del procesado Villamarín Valero, manifiesta el casacionista que a lo largo de la actuación se ha aceptado que la existencia de los hechos ha adquirido la certeza exigida por el artículo 247 del C. de P. P. Igualmente, que su prohijado aceptó el poder que le otorgó quien dijo llamarse Marina Silva Ramírez para reclamar en la Caja Nacional de Previsión la Resolución 6534 de 1988, y que con base en esos documentos presentó demanda laboral para el pago de las mesadas atrasadas, las cuales negoció con la "usurpadora", habiéndole entregado la suma de dinero que le correspondía. Que la secretaria de su oficina Dilma Nelly Cárdenas Mendoza, elaboró el recibo donde consta ese hecho, junto con la huella dactilar y cédula de ciudadanía de quien se hizo pasar por la beneficiaria. De la misma forma, añade que se reconoce que su representado hubiera cobrado el valor de esa prestación social, junto con los intereses y costas. Pero que no ha podido ser desmentido mediante los medios de prueba idóneos; que Villamaría Valero obró de esa manera "con la convicción errada e invenci-

ble de plena buena fe", de que Arnulfo Criollo había llevado a su oficina a la verdadera titular del derecho, resultando en cambio que lo había engañado, y lo había inducido en ese grave y trascendental error.

Acto seguido, manifiesta que el Proceso no arroja prueba directa respecto del dolo atribuido al procesado y "la que se considera indirecta o indiciaria no reúne los requisitos de tal".

Por ello acude a demostrar que las inferencias circunstanciales que el Tribunal elevó a la categoría de indicios no tienen tal valor, porque en su estimación no se tuvieron en cuenta la idoneidad en su producción, la calidad, perspicacia y poder crítico y evaluativo. Para que los indicios puedan demostrar la certeza de la responsabilidad del acusado deben ser "graves, precisos y concordantes".

En la sentencia atacada, los hechos tenidos como indicantes no conducen a comprobar la participación dolosa del procesado, como que unos fueron distorsionados y otros se estimaron prescindiendo de la prueba documental "que tiene la capacidad suficiente para destruir el hipotético valor de medio de certeza legal asignado".

Sobre el "Indicio de la calidad de Abogado" afirma que la Sala de Decisión del Tribunal elevó al grado de indicio la calidad de abogado de Villamarín Valero porque quien presenta una demanda debe identificar a su cliente; según eso, agrega, el acusado tenía la obligación de identificar plenamente a quien le otorgaba poder y en esa medida, "tuvo pleno conocimiento de que dicha mujer no era la verdadera beneficiaria, ya que sabía igualmente que Marina Silva Ramírez no se hallaba en Colombia".

A su juicio, lo único probado era la calidad de abogado del procesado, pero de allí no se puede inferir que identificó a la falsaria, que llegó al conocimiento de que era suplantadora y que la verdadera Marina Silva no se hallaba en el territorio nacional. Con esa lógica, se debió concluir que la verdadera responsable de los hechos era la empleada del Juzgado Sexto Laboral, quien sí tenía el deber legal de identificar a quien presentó el poder.

Se ocupa luego del "Indicio proveniente de direcciones inexactas consignadas en la demanda conjunta", sobre lo cual afirma que el Tribunal consideró que la circunstancia de las direcciones erradas constituyó un hecho indicador que conduce a la conclusión de que el procesado es responsable de los hechos delictivos, lo cual a su modo de ver, "carece de potencialidad como para señalar al condenado como el agente que averiguó la situación prestacional de la señora Marina Silva Ramírez, se cercioró de que se hallaba fuera del país, se valió de los servicios de Arnulfo Criollo, consiguió a la usurpadora, la dotó de cédula de ciudadanía, la hizo suscribir el poder, la autorización para reclamar la Resolución, la hizo ir al Juzgado Laboral de Reparto a presentar el poder, se lo entregó y finalmen-

te le hizo suscribir el documento con su cédula de ciudadanía y huella papilar (sic). Al parecer, ni la experiencia de los juzgadores ni la lógica permiten inferir semejantes conclusiones partiendo del hecho de las direcciones ficticias".

La prueba documental presentada por el procesado (recibos correspondientes a reclamos de prestaciones), así como las declaraciones del Dr. Carlos Humberto Tofiño Jaramillo respecto de los negocios que adelantó con el procesado sobre el cobro de prestaciones sociales y las afirmaciones de la empleada Doris Rodríguez Quimbayo, no merecieron ninguna valoración ni referencia por parte de la Sala de decisión del Tribunal Superior, con lo cual atentó contra la imparcialidad y sentido de la justicia que deben imperar en todas las actuaciones, aparte de que incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia.

Se ocupa luego del "Indicio proveniente del recibo suscrito por la usurpadora Marina Silva Ramírez el 19 de abril de 1989", pues en su análisis, y conforme a prueba documental y testimonio obrante en el Proceso, amen de lo que manifestó el incriminado sobre el punto se debió "llegar a la conclusión de que quien confeccionó el recibo, desde la fecha en adelante, no fue el Dr. Villamarín Valero, sino su secretaria"quien incurrió en el error de estampar como fecha el 19 de abril en lugar del 20, responsabilidad que no se le puede transmitir a su jefe el Dr. Villamarín.

En cuanto a la entrega del dinero a la suplantadora, recuerda lo manifestado tanto por el acusado, su secretaria y el chofer de aquél, para indicar que aplicando la sana crítica, se sacan las siguientes conclusiones: 1. Que quien elaboró el recibo donde constaba la entrega del dinero fue Dilma Nelly Cárdenas. 2. Que resulta cierto el retiro del dinero del banco por parte de Villamarín, lo cual se hizo el 20 de abril y no el 19 como erradamente lo consignó la secretaria. 3. Que ese dinero le fue entregado por Villamarín a la falsaria.

Por ello resulta sorprendente que se haya omitido toda valoración de los testimonios de Dilma Nelly Cárdenas y del chofer Miguel Castaño, con lo cual incurrió el Tribunal en ostensible error de hecho por falso juicio de existencia.

Sobre el "Indicio de la mentira", que la sala del Tribunal hace consistir en las distintas versiones que dió el imputado, sobre la forma como la Resolución expedida por CAJANAL había llegado a sus manos, estima que si se somete al rigor de la crítica racional, debe tenerse como que "la autorización para reclamar la Resolución se debió, según la versión integral del procesado, a que se trató de una "negociación"sobre las mesadas atrasadas y no al adelantamiento de los Procesos laborales pertinentes y a que la señora mostró premura en recibir los dineros, por tener que ausentarse de la ciudad". Agrega entonces que Villamarín no fue mendaz sino que su inicial equivocación se debió a un error de memoria y no voluntario. El *iter criminis*, no

encuentra la debida relación de causalidad por la ausencia de capacidad para unir los extremos "mentira"y "autoría"de los delitos por los cuales fue condenado en segunda instancia.

En cuanto al "Derecho a solicitar su propia indagatoria", que la Sala de Decisión del Tribunal desarrolló como indicio de responsabilidad al considerarlo una estrategia del acusado para eludir la responsabilidad penal en la comisión de los punibles, afirma que hoy en día se conoce que éste es un medio de defensa para que el imputado pueda presentar sus explicaciones frente a los cargos que le formula el Estado. Añade que la relación de causalidad entre lo que el Tribunal estima como hecho indicante y su conclusión, no existe con aplicación de la sana lógica elemental, sino que se trata de conjeturas y sospechas basadas, algunas, en tergiversar esas premisas para hacerlas producir un efecto probatorio del cual carecen. Por lo tanto, se omitieron los requisitos exigidos en los artículos 300 y 303 del Código de Procedimiento Penal.

A juicio del casacionista al proceder en esa forma la Sala presumió en forma equivocada que la certeza sobre la responsabilidad penal de su representado concurría en la forma reclamada por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, violando directamente esta disposición.

Seguidamente, al precisar que la "Violación indirecta recae sobre los artículos 5, 36, 23 y 66 Nles. 4° y 7° del Código Penal", manifiesta que los errores de hecho por falso juicio de existencia e identidad mencionados condujeron a ello ya que la Sala de decisión del Tribunal dedujo la autoría y responsabilidad de Villamarín Valero por haber aceptado y ejercido mediante la presentación de la demanda, el poder otorgado por la supuesta Marina Silva en indicios que a la luz de la sana crítica no tienen el valor de idóneos medios de certeza.

Más adelante estima el recurrente que el elemento subjetivo que a título de dolo le fue imputado y reprochado al sentenciado, fue presumido por la Sala de decisión ya que no se encuentra en la motivación de la sentencia un examen sobre ese elemento tan esencial sino que se da por existente, situación ésta que también se presenta respecto de la circunstancia genérica de agravación consistente en "la preparación ponderada del hecho punible"(Nral. 4° art. 66 del C.P.).

Considera que la modalidad en que debe quedar encasillada la conducta de Villamarín Valero es la correspondiente a un "concurso corporal con intención inocente", ya que fue víctima del engaño y maniobras dolosas por parte de Arnulfo Criollo y su cómplice, quien era la única persona con posibilidades de saber los datos sobre mesadas sin cobrar por los pensionados, y quien consiguió a la mujer dotándola de falsos documentos de identidad, llevándola a la oficina del acusado; que éste obró de buena fe, en forma ingenua, sin llegar a imaginarse que estaba siendo víctima de una patraña.

Como consecuencia, al apreciarse indebidamente la prueba, distorsionándola, u omitiendo su existencia se violaron indirectamente el artículo 23 y el numeral 7o del artículo 66 del Código Penal, al señalarse a Villamarín "como el único autor de los hechos" por los que resultó condenado, "o a lo sumo lo catalogó como partícipe de los mismos"c uando es irrebatible que actuó sin dolo.

Por lo tanto, solicita subsidiariamente se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva a José Gonzalo Villamarín Valero.

CONCEPTO DEL PROCURADORA SEGUNDA DELEGADA EN LO PENAL

Respecto del PRIMER CARGO, considera esa representación del Ministerio Público, que los asertos expuestos por el libelista corresponden más a una discrepancia con la apreciación probatoria efectuada por el fallador que a una demostración en fallas de actividad del instructor, capaces de afectar la estructura del Proceso o las garantías del procesado. Por lo tanto, el desarrollo de la censura no se ajusta a los vicios aducidos, además de que no se establece una real incidencia de las irregularidades en las decisiones adoptadas, sino que realmente pretende es cuestionar el dolo que respecto del procesado fue deducido por el sentenciador en los ilícitos atribuidos.

Para esa Delegada, la decisión de la Fiscalía al abstenerse de llamar a rendir indagatoria a Arnulfo Criollo, no constituye la irregularidad trascendental alegada por el recurrente y recuerda, conforme a un pronunciamiento de esta Sala, que en materia penal la responsabilidad es individual y cada partícipe de un hecho punible responde independientemente de su conducta. Además, con la simple expedición de copias ha quedado subsanada la irregularidad presentada.

Estima que no fue el capricho o la arbitrariedad del instructor la que determinó la falta de vinculación de Criollo, sino sus fundadas razones de que el acto resultara infructuoso ante la ausencia de indentidad o individualización del mismo, y que en la indagación previa o investigación formal, de conformidad con los artículos 319 y 334 numeral 2o del C. de P. P., punto básico a establecer será, precisamente, dicha identidad o individualización.

No está de acuerdo con lo afirmado por el censor respecto de la vulneración de los artículos 88 y 90 ordinal 2o del C. de P. P., porque la ruptura de la unidad procesal sólo genera vulneración si afecta las garantías constitucionales y la referencia al segundo mandato, busca a través de la investigación separada, vincular como sindicados a otros copartícipes en los hechos. En el planteamiento el demandante confunde los términos partícipe y sindicado, cuando "...aquel se predica en derecho sustantivo a quien junto con otros concurre a la realización del hecho punible y cuya delimitación se requiere para estructurar la tipicidad del hecho; y, por su parte,

sindicado es la persona señalada como partícipe a quien se vincula al Proceso penal, para que se defienda de la ejecución punible que se le imputa. La interrelación dinámica de ambos conceptos acontece en el transcurso del Proceso penal cuando la evidencia recopilada arroja mérito suficiente para vincular como sindicado al partícipe, de manera que es ésta calidad la que opera como causa de la sindicación y consiguiente vinculación procesal...".

Los fundamentos del demandante, agrega, no demuestran fallas en la investigación que sean tan trascendentes que impliquen la destrucción de las bases del Proceso y por lo tanto el reproche no prospera.

Sobre el SEGUNDO CARGO, estima que desde un comienzo se deja ver la intención del censor en hacer prevalecer la eficacia probatoria de su preferencia sobre la concebida por el sentenciador, cuando reclama que las explicaciones de inculpabilidad del procesado deben ser aceptadas, lo cual en realidad encubre un falso juicio de convicción, incompatible con los fines del recurso que persigue velar por la recta aplicación de la ley sin hacerle otra instancia al Proceso.

Lo que realmente hace el censor es cuestionar las deducciones del Tribunal a efectos de que se le reconozca el poder de convicción absolutorio que a su juicio, arroja el conjunto de medios de prueba obrantes en el Proceso. Así, sobre el argumento que presenta contra el indicio basado en las direcciones erradas y coincidentes consignadas en la demanda laboral, el recurrente no aclara si ataca el hecho indicante o la inferencia lógica, al punto que se encarga de encerrar, sin salida, su confuso planteamiento, cuando afirma que la prueba no fue valorada ni referida por el juzgador. Tampoco resquebraja la inferencia lógica obtenida por el fallador respecto del engaño y suplantación de que fue víctima la denunciante en circunstancias tales que al abogado Villamarín no le era dable desatenderse de tales argucias con finalidad "expoliatoria", cuando él mismo consignó el hecho falso respecto del domicilio de Marina Silva, en la demanda donde logró recaudar ilícitamente el valor de sus prestaciones.

Estima que la ausencia de un examen conjunto y concatenado de la prueba indiciaria explica, en parte, los desaciertos del censor, quien movido por sus intereses se dedicó a reexaminar indicio por indicio desde su personal punto de vista pero sin lograr comprobar yerro alguno del sentenciador, ni penetrar en el análisis en que se basó la decisión impugnada que corresponde al conjunto de los diversos medios de prueba.

Considera, como tema aparte, respecto de las agravantes de los numerales 4o y 7o del artículo 66 del C.P., que es dable aceptar que su deducción resulta viable en cuanto configura uno de los criterios para dosificar la pena. Sin embargo, agrega, según lo ha dicho esta Sala, debe diferenciarse si la agravante genérica implica conceptos valorativos o no, "pues en el primero de los casos, si no fue valorada en la resolución acusatoria, su deducción en

la sentencia "constituye una lesión al derecho de defensa, pues no tuvo el procesado oportunidad alguna de cuestionar probatoriamente dicha imputación"; en el segundo caso, su imposición en la sentencia no genera reparo siempre y cuando haya sido debidamente motivada".

Para esa representación del Ministerio Público, al procesado no le resultaba extraña la causal de agravación consagrada en el numeral 7o del artículo 66 relativa a la ejecución del hecho con otras personas, porque en la resolución de acusación y en la sentencia así se advirtió, e inclusive se ordenó la investigación respectiva contra ellas.

En cambio, respecto de la agravante contenida en el numeral 4o, relativa a la preparación ponderada del hecho punible, cuya existencia requiere de análisis y exposición de razones que la fundamenten, no fue señalada expresamente en la resolución de acusación y se impuso sin ninguna clase de motivación; por lo tanto su deducción en la sentencia resultó sorpresiva para el procesado, lo cual conlleva a la vulneración del derecho de defensa y del principio de legalidad.

Por ello, sugiere casar parcialmente la sentencia eliminando la agravante y en su lugar ajustar la pena en la proporción adecuada de acuerdo a los artículo 228 y 229 numeral 1o del C. de P. Penal.

Consideraciones de la Sala

Primer Cargo

Del estudio de la actuación procesal y los reproches formulados por el censor, al amparo de la causal tercera de casación, estima la Sala que no existe motivo alguno para declarar la nulidad del Proceso.

En efecto, el desacuerdo que lleva al recurrente a considerar que se ha vulnerado el debido Proceso y otros principios que menciona en el desarrollo de la censura, radica esencialmente en no haberse vinculado a la investigación al llamado "comisionista" Arnulfo Criollo, lo cual, según él, degeneró en las causales de nulidad contempladas en los numerales 2o y 3o del artículo 304 del C. de P. Penal y en el desconocimiento de los artículos 352 (a quien se recibe indagatoria), 334 (objeto de la investigación) y 88 (unidad procesal) ibidem, y que comportaría, en principio inconsistencia lógica entre el enunciado del cargo y la solución que propone.

Reiteradamente se ha sostenido por esta Sala de Casación Penal, que para que una irregularidad pueda socavar la actuación procesal, es necesario que haya resultado trascendente, de tal manera que sea capaz de afectar las garantías de los sujetos procesales o que implique un desconocimiento de las bases del Proceso.

Los motivos que aduce el libelista para conseguir invalidar la actuación no consultan la realidad procesal, ni contienen en sí mismos la

trascendencia necesaria que pretende imprimirle; además, como bien lo indicó la Procuraduría, se trata de una irregularidad que ya ha sido subsanada.

En cuanto a lo primero, no es cierto, como lo afirma el recurrente, que la Fiscalía 155 no quiso vincular al Proceso al Arnulfo Criollo o que hubiese hecho caso omiso de su real existencia; si se negó la práctica de esa actividad se debió a razones que el libelista no tuvo en cuenta para la formulación de su cargo y que tampoco desvirtuó.

En el trámite de la presente actuación procesal, encuentra la Sala que el funcionario encargado de la instrucción realizó varias actuaciones tendientes a individualizar y localizar a Arnulfo Criollo y que solo para demostrar la falta de razón del libelista y por ende la inconsistencia del cargo, se hará mención de ellas.

1. Previa solicitud que el representante de la parte civil hiciera en el sentido de que se librara orden de captura en contra del mencionado señor, se profirió auto de fecha 12 de marzo de 1991 en el que se consideró necesario establecer "Si Arnulfo Criollo es o fue funcionario de la Caja Nacional de Previsión, cargo que desempeñó y allegue la hoja de vida correspondiente, como la dirección que aparece registrada"a lo cual se dió cumplimiento mediante oficio No. 0470 de marzo 12 de 1991 (f 135). La Caja Nacional de Previsión respondió que una vez revisados los archivos, se constató que Arnulfo Criollo no era funcionario de esa entidad.

2. Por auto del 10 de abril de 1991 y respondiendo una petición del defensor del procesado, se dispuso oficiar nuevamente a la Caja Nacional de Previsión Social para que se complementara la anterior información referida en el anterior numeral. A ello se procedió mediante oficio No. 0640 y se respondió por parte de esa entidad que el señor Criollo no era funcionario ni ex funcionario.

3. En la providencia de marzo 24 de 1993, por medio de la cual se resolvió la situación jurídica de Villamarín Valero, se dispuso, entre otros aspectos, practicar diligencia de inspección judicial en las instalaciones de Cajanal, oficina de recursos humanos, "con el fin de establecer la relación del personal que durante la época de los hechos tuvo injerencia en la sección de sistemas de la citada entidad, integrando la comisión a que alude en estas diligencias la Jefe de Sección de Archivo de prestaciones económicas Flor Alba Ríos C.". Lo anterior, aclaramos, en atención a que la citada en su declaración mencionó que Arnulfo Criollo hacía parte de esa comisión.

Como resultado de lo anterior, se estableció que en los archivos no reposaba hoja de vida del mencionado y que para esa época (años 88 y 89) no se llevaba control sobre las hojas de vida de los supernumerarios.

4. Mediante auto del 16 de Junio de 1993, se dispuso oficiar al Fiscal 126 (a J 51 I.C.) para que informara si había cursado Proceso en contra de un Dr. Guillermo Preciado y Arnulfo Criollo y en caso afirmativo se remitieran los datos obtenidos acerca de la individualización e identificación del mismo, a lo cual se respondió que existía Proceso contra el primero, pero respecto del señor Criollo que no aparecía plenamente individualizado e identificado y por lo tanto no se había ordenado vinculación al Proceso.

5. El defensor del procesado solicitó se oficiara a la Registraduría del Estado Civil para que remitiera la fotocopia de la cédula de ciudadanía, a lo cual la Fiscalía no accedió porque en la medida que no se encontrara individualizada o identificada la persona, la Registraduría no remite tarjetas decadactilares "en cumplimiento de claras disposiciones legales"..

Por todo lo anterior, fácil resulta concluir que en manera alguna la Fiscalía hizo caso omiso de la existencia o pretendida individualización del sujeto Arnulfo Criollo a la investigación y que por ello se haya vulnerado el artículo 352 del C. de P. Penal, porque no basta expedir una orden de captura o proceder a una citación, si fuera el caso, si no se posee una adecuada identificación de la persona. En ello radica la lealtad procesal que debe servir de garantía a los sujetos procesales, inclusive a quien se vaya a vincular para no incurrir en irregularidades, estas sí desconocedoras de las garantías fundamentales.

Tampoco resulta cierto, como lo afirma el demandante, que se le hubiera negado la práctica de esa prueba al acusado - vincular procesalmente a Arnulfo Criollo - sino que resultaba imposible hacerlo con una persona de cuya existencia no se tiene certeza; en consecuencia, mal pueden considerarse vulnerado el debido Proceso o los principios de contradicción e igualdad. Así ante la ausencia de una sólida base en que se respalde lo alegado por el libelista, resulta imposible demostrar una causal de nulidad, cuyo único sustento lo debe conformar la evidencia del Proceso penal: por lo tanto, las alegaciones respecto de presunciones no tienen ninguna posibilidad de prosperar, resultando también en vano los esfuerzos tendientes a demostrar su trascendencia.

También resulta del todo inconducente pretender la invalidez del Proceso, tratando de demostrar una conducta excluyente de culpabilidad o, en palabras del casacionista, una "ausencia del grado de conocimiento y voluntad" del sentenciado, porque se trata de fenómenos distintos con fines totalmente opuestos, que conforme a la técnica en sede de casación, terminan por restarle claridad y precisión a la demanda, como que las consecuencias que se generan de la nulidad de la actuación, son bien distintas de las que se logran demostrando una causal de inculpabilidad del acusado.

Y, como se había anunciado en un principio, la irregularidad anunciada por el censor fue subsanada por el fallador de primer grado mediante la

expedición de copias a la autoridad competente, para que se investigue la conducta de Arnulfo Criollo y se individualice y vincule a la mujer que suplantó a la señora Marina Silva Rodríguez. En ese sentido esta Corporación ya ha sentado el criterio de que la falta de vinculación de uno o varios imputados, no constituye una irregularidad, pues sería susceptible de superarse mediante la orden de expedición de copias, ya que si bien el artículo 88 del C. de P.P. ordena que por cada delito habrá de adelantarse una sola averiguación penal, sin importar el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

El reproche no prospera.

Segundo Cargo

En el intento de sostener la ausencia de culpabilidad del procesado Villamarín Valero amparado en los falsos juicios de existencia e identidad de los medios probatorios, incurre el casacionista en protuberantes desaciertos de orden técnico que conllevan indefectiblemente a que el cargo no prospere.

Para el demandante, la prueba indiciaria obrante en el Proceso carece de idoneidad para demostrar la certeza de la responsabilidad del acusado ya que los hechos tenidos como indicantes no conducen a probar su participación dolosa, en la medida que unos fueron distorsionados y otros se estimaron con prescindencia de la prueba documental que, a su juicio, destruye el valor de medio de certeza a él asignado.

Esta postura, es el preámbulo de una serie de razonamientos que como se verá en nada se ocupan del aspecto material de las pruebas sobre las cuales se cometieron los supuestos falsos juicios de existencia o identidad, aparte de que incurre en el desacierto de mezclar dos errores de hecho cuya demostración en forma paralela conlleva a la confusión del cargo; en cambio sí enfrenta el criterio que tuvo el sentenciador de segundo grado para concluir en la responsabilidad del procesado.

Por ello, suele suceder y este caso no es la excepción, que cuando se ataca la prueba indiciaria se corre el riesgo de oponer al criterio del juzgador una apreciación subjetiva y personal, postura que resulta inaceptable para los fines del recurso donde la pretensión de derrumbar el fallo de instancia no se puede hacer sobre la base de simples discrepancias valorativas.

Vénse como el casacionista incurre en los yerros enunciados:

1. Para el Tribunal, un profesional del derecho, con experiencia desde 1977 sabe que para efectos de presentar una demanda quien la hace debe estar plenamente identificado y por tanto debía constatar que quien firmaba el poder no era la misma persona que aparece como beneficiada en la resolución de pensión, porque aquella no estaba en Colombia ni confirió

poder a nadie para demandar ejecutivamente a Cajanal. En consecuencia Villamarín Valero debía saber que quien le otorgaba el poder no era la verdadera Marina Silva Ramírez; entonces la presentación personal de un poder que daba visos de legalidad a un documento y con base en ese espurio documento se elaboró la demanda que finalizó con el reconocimiento de las prestaciones a favor de quien no era el legítimo demandante.

Para el impugnante, en cambio, de la calidad del abogado del procesado se debía inferir que la verdadera responsable de los hechos fue la empleada del Juzgado Sexto Laboral quien sí tenía el deber legal de identificar a quien hizo la presentación personal del poder.

2. Sobre las direcciones inexactas consignadas en la demanda conjunta, expresa simplemente que conforme a la lógica y la experiencia esa circunstancia no contiene la potencialidad suficiente para llegar a las conclusiones del fallador.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que tal circunstancia no fue el punto de partida que llevó al fallador a concluir en la responsabilidad de Villamarín Valero sino uno de los tantos aspectos que respecto de su conducta hacen parte del análisis probatorio en la sentencia atacada.

La misma situación se presenta respecto del "indicio proveniente del recibo suscrito por la usurpadora Marina Silva Ramírez el 19 de abril de 1989", como lo llama el recurrente. Para el Tribunal, probado como está que quien aparece recibiendo la suma de $1.702.000, según recibo de 19 de abril de 1989, no era la verdadera beneficiaria, así lo hizo aparecer el procesado; hecho que el censor pretende desvirtuar so pretexto de que no se tuvieron en cuenta las declaraciones del chofer y la secretaria de Villamarín Valero. Si se mira la sentencia en la totalidad, fácil es concluir que para el sentenciador el Proceso contiene elementos de juicio contundentes que demuestran la responsabilidad, sin que aquellos que el censor resalta para evidenciar lo contrario, puedan derrumbar la fuerza probatoria de los que fueron objeto de análisis en la providencia censurada.

Si adelantamos la lectura de la demanda, unos renglones más, nos encontramos con las mismas posturas respecto del indicio de mentira que a juicio del Tribunal viene a resaltar aún más la responsabilidad del implicado por haber afirmado en su primera indagatoria, que la resolución que prestaba mérito ejecutivo la había recibido de manos de Marina Silva en su oficina y, luego ya, cuando se llevó a cabo inspección judicial y se estableció su mentira, concurrió a aclarar su contradicción; para el fallador ésta situación evidencia su responsabilidad como autor de la conducta que se le imputara en la resolución de acusación, en cambio para el censor constituye un "error de memoria" y no un acto voluntario.

Tampoco estima el recurrente que el hecho de que Villamarín Valero haya solicitado su propia indagatoria, se evaluó como una estrategia para

eludir la responsabilidad penal en la comisión de los ilícitos, sino la utilización de un medio de defensa para presentar sus explicaciones. Sin embargo, así no lo estimó el fallador de instancia.

El anterior panorama evidencia claramente una improsperable postura del censor en punto al ataque de la prueba indiciaria la que conforme al criterio que ha dejado sentado ésta Sala, solo es posible elevar un ataque en sede de casación, respecto de la inferencia lógica por la vía del error de hecho.

Así se expresó la Sala sobre el punto:

"Trátese ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le puede admitir cuando se vulneran Las reglas de la sana crítica o persuación racional (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar, en la práctica, la censura, bajo la consideración de que la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impugnación se atiende si se logra evidenciar un ERROR DE HECHO por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatiende cuando el casacionista está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente estimada, no ha sufrido estos menoscabos, esto es, que ni se la ha supuesto ni se la ha ignorado, ni la ha tergiversado. Porque lo que objeta es la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniéndose una prueba en el nivel real y legal en que se aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiere dársele pretextándose fiel apego y respeto a esa sana crítica. Tal como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de error de hecho por no acomodarse a lo que se alega y visualiza en las dos eventualidades del mismo. Y, tampoco será viable el error de hecho porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios de convicción, ni se ocupa de las pautas que permiten hacer que la deducción o la inferencia se correspondan con la experiencia vital.

Pero alegar el error de hecho resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de la experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimiento y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por

fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia". (Febrero 13 de 1995, M.P., Dr Carlos E. Mejía Escobar).

Contrariando el marco de estos precisos parámetros, es evidente que el censor se dedicó a cuestionar el Proceso de valoración realizado por el juzgador y no, como debió hacerlo, la demostración de los supuestos falsos juicios de existencia o identidad que mencionó, cuyo fundamento debe partir de la realidad procesal obrante en el plenario y el examen global de todos los elementos de juicio a efectos de que en la demostración de la censura no queden por fuera de su órbita la existencia de otras pruebas que, por su trascendencia, mantengan incólume el fallo atacado.

Esto conlleva a que el censor no se aproxime siquiera a demostrar las falencias por él enunciadas ya que acudió al fraccionamiento de los elementos de juicio que hacen parte del material probatorio recaudado a lo largo de la investigación, para construir, sin lograrlo, la existencia de los yerros mencionados.

En efecto, para el Tribunal la materialidad de los ilícitos se hallaba demostrada con la denuncia y su ampliación por parte de la señora Marina Silva Ramírez en el sentido de no haber conocido a José Gonzalo Villamarín Valero y menos haberle otorgado poder para el cobro de sus prestaciones sociales contra la Caja Nacional de Previsión, el dictamen conforme al cual los documentos que se utilizaron para tal efecto eran falsos y la circunstancia de que para la época de los hechos la citada señora no se encontraba en Colombia y por tanto su rúbrica fue falsificada.

Sobre tales presupuestos el fallador de segundo grado tuvo en cuenta la experiencia del procesado Villamarín Valero desde 1977 como profesional del derecho, lo cual, implicaba para efectos de la presentación de una demanda, que quien lo hacía debía estar plenamente identificado y por lo tanto debió constatar que quien firmaba el poder no era la misma persona que aparecía como beneficiaria de la resolución de pensión dictada por la Caja Nacional de Previsión. Entonces el implicado, con base en el documento adulterado elaboró la demanda sobre la cual se efectuó el reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de quien no era la legítima demandante. Aparte de ello, el acusado elaboró una demanda conjunta de varias personas que le otorgaron poder suministrando direcciones falsas, muchas de ellas coincidentes en la nomenclatura y en sitios cercanos uno del otro, y dió como domicilio de distintas personas una misma casa. También hizo aparecer como si Marina Silva hubiera recibido de sus manos la suma de $1.702.000.oo pesos, por concepto de mesadas atrasadas, cuando conforme a constancia del Banco, el cheque que según el acusado giró a la beneficiaria Marina Silva, fue cobrado por él mismo el 20 de abril, esto es, al día

siguiente de ser suscrito el recibo por la misma. Eso constituyó para el Tribunal una circunstancia que resalta aún más la responsabilidad del procesado, así como el hecho de haber afirmado inicialmente que la resolución que prestaba mérito ejecutivo, la había recibido en su oficina de manos de la señora Silva, pero cuando en diligencia de inspección judicial a las oficinas de Cajanal se estableció que el mismo procesado había acudido allí a solicitar copia de esa resolución con constancia de ejecutoria, se presentó a ampliar la indagatoria para tratar de aclarar la situación, pretextando exceso de trabajo, y ello se constituyó para el fallador en un indicio de mentira.

Todo lo anterior llevó a considerar que Villamarín Valero se hallaba incurso en los delitos por los cuales fue condenado.

Por eso, la falta de razón en los argumentos del casacionista conlleva inexorablemente a estimar que las normas señaladas por él como infringidas, en realidad no lo fueron, habida cuenta que no se demostró yerro alguno por parte del fallador de instancia, sino una discrepancia de sus apreciaciones de la prueba con lo decidido en la sentencia atacada.

En tales condiciones el cargo no prospera.

La Casación Oficiosa

En el fallo que es objeto de estudio en esta instancia extraordinaria, se dedujeron de la conducta del procesado las circunstancias genéricas de agravación contenidas en los numerales 4o (la preparación ponderada del hecho punible), 7o (obrar en complicidad de otro) y 11(la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por ...cargo, oficio o Ministerio) del artículo 66 del Código Penal.

A Juicio de la Representación del Ministerio Público la agravante contenida en el numeral 4o requiere, para su deducción, del análisis y exposición de la razones que la fundamenten, y de su imputación previa en el pliego de cargos.

En efecto, ha sido criterio de esta Corporación que aún siendo las circunstancias genéricas de agravación punitiva uno de los factores a tener en cuenta al momento de realizar la dosificación de la punibilidad, es necesario que aquellas de índole valorativa sean expresamente deducidas desde la acusación para que puedan luego ser consideradas por el fallador, a efectos de garantizar el derecho de defensa del procesado y la estructura básica del Proceso.

Sobre el punto, así se pronunció esta Corporación:

"No escapa a la Corte que en la norma referida (art.66 C.P.) existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del "motivo innoble o fútil" precisamente

o "la preparación ponderada del hecho punible" o "el infortunio o peligro común aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí esa deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo" (Noviembre 9 de 1994, M.P., Dr Dídimo Páez Velandia).

Así entonces, siendo la preparación ponderada del hecho punible un ingrediente sicológico o subjetivo que se concreta en preordenar y reflexionar los actos tendientes a la realización del hecho criminoso, a la hora de su deducción en la acusación para poder ser derivada el fallo, es necesaria su motivación. Sin embargo, no comparte la Corte el criterio del señor Procurador frente a la ausencia de su señalamiento en la resolución acusatoria, y por tanto no se accederá a casar oficiosamente por este aspecto, porque sobre la misma se hizo referencia en el acápite que trata de la actuación procesal y valoración probatoria. Inicialmente, cuando se habló de la materialidad de la infracción, se dijo que aparecía la apocrifidad de tres firmas como de Marina Silva Ramírez obrantes en el poder; la solicitud de copias sobre la ejecutoria de la Resolución No. 6534/88 y el recibo en el que constara el pago de dicha suma. Que tales documentos fueron el medio fraudulento artificioso y/o engañoso con el que se indujo al Juez Laboral para obtener el mandamiento de pago en favor de la señora Silva Ramírez. Además, que toda esa cadena de aconteceres culminó con la consecución, por parte del procesado, del provecho ilícito al obtener el título valor, mediante el cual efectivizó las sumas en él contenidas, entre las que se encontraban las adeudadas a la ejecutante.

Más adelante, el funcionario acusador, cuando se refirió a la responsabilidad del encausado Villamarín Valero, advirtió que éste, en complicidad de otro, tuvo la oportunidad de sacar información referente a los afiliados de CAJANAL, lo que explicaba la forma irregular como obtuvo los documentos y tramitó la demanda en la que incluyó direcciones falsas, tanto de la ofendida, como de los otros reclamantes.

No puede afirmarse entonces, como lo señala el representante del Ministerio público, que la deducción en el fallo de la circunstancia contenida en el numeral 4° del artículo 66 del Código Penal fue sorpresiva para el acusado, porque los factores acabados de referir, del pliego de cargos, hacen alusión a la organización por parte del este, de todas las circunstancias modales y temporales así como de los elementos con los cuales llevaría a cabo la comisión del delito. No en vano el fallador de segunda instancia, expresó que el procesado "fraguó toda la falacia" para hacerse a un dinero

que no le correspondía. Y que "craneó toda esa actuación, porque únicamente él, resultaría como beneficiario, culminando todos los pasos para evitar caer en manos de las autoridades".

No sucede lo mismo con la circunstancia contenida en el numeral 11 de la norma en referencia, (la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por cargo, oficio o ministerio), que por lo general implica un juicio de valor. Aunque en el caso de altos funcionarios del Estado, suele ser de carácter objetivo. Pero ya respecto de abogados litigantes por sí sola no tiene esas implicaciones; el cargo, oficio o ministerio, a los que se refiere la agravante, no es solamente aquél ejercicio de una profesión que requiera de conocimientos especiales, sino aquella actividad que por su preeminencia y reconocimiento dentro de la sociedad exige de quien lo ejecuta, la concurrencia de valores éticos y morales e incluso, en muchos casos, una cierta posición jerárquica, con facultades de representar, disponer y gozar de ciertos privilegios, acordes con la actividad que desempeñe.

Si bien el ejercicio de la abogacía requiere de una especial preparación para el eficaz desempeño de dicha labor, no por ello se puede deducir la agravante en comento por el solo hecho de que el sujeto activo sea un profesional del derecho, porque este factor por sí solo, no tiene la connotación que en ella se involucra.

Por ello se procederá oficiosamente a remediar la irregular situación detectada tal como lo disponen los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., ajustando la pena al quantum correspondiente.

El Tribunal Superior de Bogotá estimó que la conducta de mayor gravedad para efectos de cuantificar la pena en este caso era la Estafa que determinaba para su autor una pena mínima de doce meses de prisión, pero que como en contra del procesado aparecían las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los numerales 4o, (la preparación ponderada del hecho punible) ; 7o (obrar con complicidad de otro) y 11o (la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por cargo..., oficio o ministerio), no podía partir del mínimo allí señalado y lo hizo en cambio de 20 meses; también expresó que por la cuantía del ilícito, era necesario hacer un incremento de una tercera parte, es decir, de 8 meses y por ello consideró que la pena principal sería de 28 meses para la estafa; luego incrementó 10 meses por el concurso de delitos para un total de 38 meses de prisión como pena principal. Por lo tanto, un descuento proporcional por esta circunstancia genérica de agravación será de dos meses y 20 días de prisión, quedando entonces una pena definitiva a imponer de 35 meses y 10 días, monto al que también queda reducida la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Las demás determinaciones adoptadas en el fallo, no sufrirán modificación alguna.

Definida la pena por debajo de los 36 meses a que se refiere el artículo 68 del Código Penal es necesario considerar el factor subjetivo para decidir sobre la procedencia de la condena de ejecución condicional.

En este aspecto específico, y por lo general en todo lo que tiene que ver con los subrogados penales o sustitutos de la prisión, la Sala ha venido considerando de tiempo atrás (cfr. sentencia de mayo 10 de 1988) que mientras la administración de justicia "no obtenga una fehaciente demostración de los requisitos para otorgar la condena condicional, la pena impuesta debe purgarse de manera efectiva". También, que "no puede secundarse de modo integral" la apreciación "nihilista sobre la característica del sistema penitenciario" y que la propia ley penal, complementada por las disposiciones penitenciarias genera mecanismos de consecuencias positivas para el fin de resocialización pretendido por el Estado.

Pero las instituciones penales no pueden colocarse de espaldas a las funciones de la pena, declaradas en el Código Penal como uno de sus principios rectores, hasta el punto de que ellas mismas fundamenten de manera indiscriminada una evasiva a su aplicación o una benignidad inconsecuente cuando el hecho punible concreto es de magnitud tal que la postura tolerante comprometería la existencia misma del cuerpo social, su equilibrio o la certeza misma de la aplicación de la ley.

Ahora bien, el artículo 68 del Código Penal autoriza suspender la ejecución de la sentencia cuando la personalidad del condenado, la naturaleza del hecho o sus modalidades, permitan suponer que no requiere tratamiento penitenciario.

Ese juicio de necesidad que sobre el cumplimiento efectivo de la pena es imperativo llevar a cabo, debe considerar las particularidades del ilícito y de la culpabilidad del procesado, no aislando los fundamentos de la condena, sino contextualizando e integrando todos los factores concurrentes que hagan de la decisión una medida orientada por la teleología de la pena y no por el capricho, la opinión o la dureza irracional.

Por eso en estas materias la Corporación ha venido siendo especialmente severa en materia de beneficios frente a formas de delincuencia organizada, frente a la que utiliza como medio la violencia contra las personas –con riesgo para la vida– y frente a las especies de corrupción más dañosas, por su cuantificación, por la calidad de las víctimas, por el destino socio- político de las sumas apropiadas o distraídas o por la gravedad del abuso de poder que implica el hecho concreto, entre otras modalidades, sin que ello suponga prescindir del análisis del caso particular respecto de cada subrogado.

En el caso que ocupa la atención de la Corte, se presentan elementos que conducen a predicar la necesidad de tratamiento penitenciario. Fundamentalmente se debe considerar que en su afán de lucro fácil e ilegíti-

mo, el condenado acudió no sólo a defraudar el patrimonio de una persona, sino que en esa dirección violó bienes jurídicos y valores fundamentales e inherentes al ejercicio mismo de su profesión de abogado, como son la fé pública y la Administración de Justicia.

De otro lado, actúo en acuerdo con otras personas, de manera planificada, preparada y persistente, (durante todo el trámite ejecutivo) frente a una entidad de protección y seguridad social cuya subsistencia misma ha venido siendo puesta en vilo por el volumen y reiteración de actos arrasadores de su patrimonio. El daño pues, no se contrajo al peculio de la denunciante sino que comprometió los derechos materiales de una gran colectividad de usuarios.

Además de lo anterior, es decir, de la específica gravedad del hecho dentro de los de su especie, del concurso de autores, de la intensidad de la culpabilidad durante el tiempo del espurio Proceso ejecutivo, posteriormente acudió a preconfigurar pruebas o señales que dificultaran la investigación, acudiendo a engaños y cuartadas que finalmente no fueron admitidas por la Justicia.

Frente a este panorama, se hace evidente que los hechos punibles por los que procedió no surgieron como respuesta a circunstancias especiales, atemperantes de la responsabilidad, coyunturales o episódicas, y por ello reclaman la efectividad de la pena de cara a la condena condicional y sin perjuicio de los factores que en la ejecución de ella y en el futuro puedan sobrevenir como favorables al procesado con miras a otra clase de beneficios.

Tal la razón para que se niegue la condena condicional y se disponga la activación de la captura del Dr. José Gonzalo Villamarín Valero.

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

RESUELVE:

1. *Desestimar* la demanda presentada en este caso.

2. *Casar oficiosamente* y en forma parcial la sentencia recurrida únicamente en el sentido de suprimir del fallo la circunstancia genérica de agravación punitiva del artículo 66 numeral 11 del C.P. En consecuencia, señalar como pena de prisión a imponer al procesado José Gonzalo Villamarín Valero la de treinta y cinco (35) meses y diez (10) días de prisión; tiempo al cual queda reducida la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta.

3. *No conceder* el subrogado de la condena de ejecución condicional por lo señalado en la parte motiva. A consecuencia de ello líbrese la

correspondiente orden de captura contra el Dr. José Gonzalo Villamarín Valero.

4. En todo lo demás, queda sin modificación el fallo impugnado. En firme esta decisión, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Wanda Fernández León, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY /SANA CRITICA

Incurre el defensor en notables desaciertos técnicos en su formulación, toda vez que simultáneamente ha predicado las dos modalidades de error sin advertir el diverso sentido y alcance que cada una de ellas tiene, pues como es bien sabido en el de hecho se está frente a una equivocada expresión fáctica de la prueba, en tanto que en el de derecho se trata de un yerro sobre la significación jurídica que ella tiene, no siendo admisible su alegación casacional a un mismo tiempo.

Hoy en día es indiscutible que si el juzgador en cumplimiento del mandato legal señalado en el art. 254 del C. de P.P., justiprecia las pruebas en su conjunto -con estricta sujeción a las reglas de la lógica y la sana crítica- y con la debida exposición del mérito que razonadamente les asigna, no es viable atacar la sentencia bajo ninguna de las alternativas que teóricamente contempla la violación indirecta de la ley sustancial, muchísimo menos con un método propio de las instancias consistente en criticar la valoración probatoria del fallo impugnado y la credibilidad que a los distintos medios demostrativos se ha dado, creando para ello una personal secuencia de los hechos con la cual pretende oponerse a la realidad de los que declaró como verdad probada el sentenciador.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 10172

Aprobado Acta No. 90.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de José Fernando Jaramillo Mazuera contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el primero de septiembre de 1994, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación que lo condenó a la pena

principal de 11 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años como autor responsable del delito de homicidio.

Hechos

Sucedieron aproximadamente a las diez de la noche del día primero de julio de 1985 en la discoteca "Oasis del Sol" ubicada en el lugar conocido como "Isla del Sol" situado en la represa del Municipio de Prado (Tolima), cuando José Fernando Jaramillo Mazuera quien departía con varios amigos tuvo un altercado con uno de los meseros que atendía el lugar de nombre Jaime Cuartas Valencia arrojándolo al piso de un golpe y absteniéndose de agredirlo con una botella al observar que aquél abría un cajón del bar en actitud defensiva, para dirigirse a donde se encontraban sus contertulios y regresar de inmediato portando un revólver sin hallar en ese momento a Cuartas quien se había lanzado por una ventana advertido de que venía armado, siendo en ese momento que Jaramillo Mazuera preguntó a Carlos Arturo Aristizábal Bermúdez quien se hallaba sentado en la barra del bar: "usted qué ?", a lo cual éste apenas le contestó "no nada", para de inmediato hacerle un disparo en la cabeza que le produjo una severa lesión cerebral a consecuencia de la cual murió.

Actuación Procesal

Practicada la diligencia de levantamiento de cadáver por el Inspector Departamental de Policía y Ordenamiento Físico de Río Prado (Tol.), el Juzgado Promiscuo Municipal de esta localidad abrió investigación mediante auto del 5 de julio de 1985, recepcionando los testimonios de Carlos Alberto Castañeda Bermúdez, Jaime Cuartas Valencia, Hernán García y Mercedes Ibarra, como también allegándose al Proceso el protocolo de necropsia practicado por el médico legista de la Unidad Local del Hospital San Vicente de Paúl en el cual se determina como causa de la muerte del occiso una "lesión de masa encefálica con hemorragia intracraneal producida con proyectil de arma de fuego".

Mediante auto del 11 de noviembre de 1986 el citado Juzgado declaró "reo ausente a José Fernando o Fernando Jaramillo Casanova o Fernando Casanova de anotaciones personales desconocidas en autos", siéndole designado un apoderado de oficio el que fue reemplazado por el defensor de confianza a quien José Fernando Jaramillo Mazuera otorgara poder en esta capital el 3 de septiembre de 1987.

A solicitud del nuevo defensor fueron escuchados los testimonios de los amigos y familiares del procesado que lo habrían acompañado en la noche que ocurrieron los hechos, Hernando Torres Parrado, Gloria Cristina Rodríguez Jaramillo, Dennis René Vargas Vásquez, Gustavo León Buitrago París y Margoth Mejía Suárez, quienes refirieron que la víctima

portaba un arma de fuego que esgrimió contra Jaramillo Mazuera razón por la cual éste se vio precisado a dispararle. También se amplió la declaración de Mercedes Ibarra.

Asignado por competencia el Proceso al Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Purificación, calificó el mérito de las pruebas el 12 de mayo de 1989, dejando posteriormente sin valor esta determinación mediante interlocutorio del primero de junio del mismo año, al decretar la nulidad de lo actuado en razón a que tanto la vinculación procesal del sindicado, como la notificación del auto por medio del cual se produjo el cierre investigativo, adolecían de múltiples irregularidades.

Legalmente emplazado Jaramillo Mazuera y declarado persona ausente, una vez cerrada la investigación, mediante auto del 12 de febrero de 1991 se profirió resolución acusatoria en su contra por el delito de homicidio simple a consecuencia del cual fue decretada su detención preventiva.

Tramitada la etapa del juicio, conoció entonces del Proceso el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación profiriéndose la sentencia de primera instancia que fue confirmada por el Tribunal en los términos precedentemente señalados.

La Demanda

El defensor de Jaramillo Mazuera propone tres cargos contra la sentencia que impugna, el primero como principal y los dos restantes como subsidiarios.

Primer cargo

Con sustento en la primera causal de casación del art. 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa el actor la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de la ley sustancial en razón a evidentes "errores de hecho y de derecho en que incurriera el H. Tribunal Superior de Ibagué", pues de acuerdo con el sistema probatorio vigente en nuestro país, las pruebas "se aprecian por su estimación legal, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", que fue lo que no hizo el ad quem, incurriendo así en "un falso juicio de identidad de la prueba demostrativa del estado aminorante de ira que regula el art. 60 del C. P.

Bajo este supuesto, procede a reproducir un aparte de la sentencia impugnada con base en el cual concluye que para el Tribunal el fenómeno de la ira sí tiene existencia procesal, no obstante lo cual habría dejado de aplicar el precepto correspondiente, debido a una "interpretación completamente ajena al verdadero espíritu de la mencionada norma", al entender equivocadamente que la grave e injusta provocación debía provenir directamente de la propia víctima, quebrantándose entonces el art. 29 de la Carta Política. Pese a lo expuesto, a renglón seguido sostiene que, en efecto, Carlos Arturo Aristizábal sí incurrió en comportamiento "grave e injus-

to"al pretender bailar con la novia de Jaramillo Mazuera cuando ella se encontraba departiendo en la mesa de éste.

Apartándose de la anterior premisa, resalta a renglón seguido que la sentencia declaró la responsabilidad del procesado "al otorgarle mérito probatorio pleno y completo" a los testimonios de Carlos Alberto Castañeda, Jaime Cuartas Valencia y Hernán García, cuando en su criterio estos no merecen "la credibilidad exigida para llegar al estado de certeza que predica el ar. 247 del C. de P. P.".

Propone entonces una secuencia de los hechos como según su criterio habrían ocurrido, para sostener que la conducta de Jaramillo Mazuera fue motivada por los celos "ante los requerimientos amorosos de parte de Carlos Arturo" a su novia, lo que suscitó la "locura transitoria" del procesado que tuvo su final desencadenamiento al momento de presetarse la riña con los meseros.

En orden a concretar el error del sentenciador, afirma que este consiste en haber atribuido "pleno valor probatorio al grupo de testigos" en que se fincó el fallo y "derivar el convencimiento de la plena y completa responsabilidad del procesado" en lo que aquéllos expresaran, incurriendo de este modo en "un error de derecho por falso juicio de convicción".

Desordenadamente, alega adelante, que Jaramillo Mazuera realmente se dirigía a agredir al mesero Cuartas Valencia y no a Aristizábal Bermúdez, lo que hace evidente que nunca tuvo la intención de hacerle daño a éste, es decir, que habría actuado con "dolo de ímpetu", lo cual sirve para constatar el estado de ira en que actuó.

A manera de síntesis del cargo, reitera el censor que el Tribunal no obstante reconocer su existencia, no aplicó la disminuente del art. 60 del C.P., incurriendo así en un evidente "error de derecho por falso juicio de convicción", cuya demostración lo lleva a solicitar a la Corte que case la sentencia impugnada, procediendo a hacer la reducción punitiva al procesado de acuerdo con el referido precepto.

Segundo cargo

Lo propone como subsidiario, con apoyo en la causal primera del art. 220 del C. de P.P., por error manifiesto de hecho en que dice incurrió el Tribunal al no aplicar el principio universal del *in dubio* pro reo que consagra el art. 445 *ibídem*.

Destaca cómo en la sentencia se reconoció la existencia de dos grupos de declarantes así: el primero, conformado por Carlos Alberto Castañeda, Jaime Cuartas Valencia y Hernán García, los cuales para el Tribunal "brindan credibilidad por su espontaneidad y coherencia, así también por la armonía que guardan con las demás probanzas que conforman el plenario, cuando en su criterio "resultan sospechosos y carentes de credibili-

dad"y el segundo, por Margoth Mejía Suárez, Gustavo León Buitrago, Denis René Vargas, Gloria Cristina Rodríguez Jaramillo, Hernando Torres Parrado y Mercedes Ibarra, los que "afirman la inocencia del procesado" e inclusive "sostienen que éste se vió obligado a actuar en legítima defensa de su vida".

Sin ninguna fundamentación, afirma el libelista que basta la simple confrontación de estos dos disímiles grupos de testigos para aceptar que surge el fenómeno jurídico de la duda que debe favorecer al procesado, como en efecto solicita lo reconozca la Corte.

Tercer cargo

Esta censura la formula el defensor de Jaramillo Mazuera también como subsidiaria "por violación directa de la ley sustancial y por error de derecho", de conformidad con el ordinal primero del art. 220 del C. de P.P.

Recuerda el actor que al no haberse imputado en el calificatorio la específica agravante del art. 324.7 del C. P. la misma no fue deducida en la sentencia, toda vez que ello podía traer como consecuencia el menoscabo del debido Proceso, pero en su lugar, el juzgador incrementó la pena para el homicidio de acuerdo con la genérica causal de agravación del art. 66.1, esto es, haber actuado el procesado por motivos innobles o fútiles, lo que no podía hacer, en su concepto, debido a que esta circunstancia nunca fue probada en el Proceso.

Para el impugnante, como quiera que la causal aducida no le permite discutir la valoración probatoria del juzgador, afirma que su alegato es en estricto derecho, colligiendo entonces como normas infringidas por el Tribunal los artículos artículos 1o, 6o, 7o y 6o por falta de aplicación y el 323 y 66.1 por aplicación indebida, aun cuando este último precepto también por interpretación errónea "al elevar la pena, en razón de que los motivos innoble o fútiles, invocads para su aplicación, no están demostrados en el Proceso".

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Para el Procurador Delegado incurre el actor en múltiples "imprecisiones y fallas técnicas" dentro de la proposición y desarrollo del primer cargo, que lo conducen necesariamente a su desestimación.

Así, es equivocada la simultánea postulación de errores de hecho y de derecho que se hace en este reproche, máxime cuando no se distinguen los medios probatorios sobre los que recae uno y otro, por lo que tendría que entenderse que están referidos a las mismas pruebas.

Además, para el Delegado, desde el comienzo mismo de la censura fácilmente se advierte la falta de claridad del libelista en cuanto al sistema de valoración probatoria que nos rige, pues confunde la "estimación legal"

como criterio referido a uno tarifado, con la "sana crítica" que como se sabe está determinado por reglas de la experiencia, la ciencia y la lógica.

Afirma el Ministerio Público que el actor se aleja por completo del marco de ataque propuesto, pues sólo de manera tangencial se refiere a las pruebas para llegar a concluir que el Tribunal "hace una interpretación completamente ajena al verdadero espíritu" del art. 60 del C.P., evidenciándose que lo que verdaderamente interesa a éste es que se reconozca la aminorante sobre la base del correcto entendimiento de la norma, pero en ningún momento porque demuestre que los hechos fueron diversos a los que declaró probados el Tribunal.

De otra parte, sostiene que no es aceptable la crítica del actor a la valoración de la prueba testimonial que hiciera el fallador tomando en cuenta las condiciones en que se percibieron los hechos por los declarantes, la manera como los relataron y su vinculación con los demás medios de convicción, pues en este campo la sentencia viene amparada por las presunciones de acierto y legalidad.

Igualmente, afirmaciones tales como que el procesado actuó "con dolo de ímpetu" o, en un estado de "locura transitoria", al estar referidas a la culpabilidad, restan cualquier claridad que pudiera tener el ataque.

Observa de otra parte el Delegado, que de una lectura completa de la sentencia impugnada fácilmente se colige que la negativa para la diminuente de la ira no es por una diversa concepción de los hechos, pues las circunstancias a que en este campo alude el actor son aceptadas por el Tribunal, sólo que en el fallo se establece una clara separación entre el momento en que Carlos Arturo Aristizábal estuvo bailando con Mercedes Ibarra y el instante en que se presenta la riña con el mesero, negándose por completo la existencia de nexo causal alguno entre uno y otro hecho, como además en su concepto resulta verdaderamente indiscutible en el Proceso.

Concluye, entonces, que ha debido el actor analizar cada uno de los elementos que configuran la atenuante de la ira y demostrar que en el caso objeto de estudio ellos concurren, sin discutir la valoración probatoria y no mezclar incorrectamente "las dos formas de violación" como lo hiciera con un deseo evidente de anteponer su criterio personal al del juzgador.

En estas condiciones estima que es ostensible la improsperidad de la censura.

Respecto al segundo cargo, refiere el Procurador, que "El libelista solamente alima en esta oportunidad a invocar el quebranto correctamente, pero allí quedan sus pretensiones por cuanto en forma genérica advierte que no está de acuerdo con el poder de convicción que se reconoció por el juzgador a las pruebas que fundamentan su sentencia", destacando sim-

plemente la concurrencia de dos grupos de testigos con declaraciones contrapuestas sin que en su criterio pudiera el "juzgador tomar partido por uno de ellos".

Sobre estas afirmaciones replica el Delegado que en la sentencia, contrariamente a lo manifestado por el actor, en ningún momento el Tribunal aceptó la existencia de dudas sobre la responsabilidad del procesado, pues por el contrario dejó en claro su convencimiento con base en los testimonios que le parecieron dignos de credibilidad.

Ha debido entonces el recurrente, colige, entrar a demostrar cómo el juzgador desechó la duda probatoria evidente y atacar, en consecuencia, la totalidad de las pruebas que sirvieron de base para la condena, como no procedió así debe condiscrarse incorrecta la proposición de la censura e igualmente deficiente su sustentación, solicitando en consecuencia sea desestimada.

Finalmente, en cuanto al tercer cargo, observa el Procurador Delegado que carece de lógica su proposición, pues no es correcto que afirme el libelista la violación directa del art. 66.1 del C.P. sobre la base de que los supuestos de esta genérica agravante "no están demostrados dentro del contenido procesal", ya que semejante afirmación sería propia de la vía indirecta que no fue aducida.

Sostiene finalmente el Ministerio Público, que no es acertado considerar como violatorio del debido Proceso la deducción en la sentencia de una genérica agravante no imputada en la resolución acusatoria, pues recuerda que la polémica doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema –que, además conllevaría violaciones del derecho de defensa–, está referida a las causales específicas de agravación que no han sido objeto de imputación en el calificatorio y no respecto de las genéricas que cumplen exclusivamente la función de permitir el ejercicio de la discrecionalidad judicial al momento de tasar la pena en el caso concreto. Precisamente sobre este tema encuentra oportuno citar la sentencia T-474/92 proferida por la Corte Constitucional.

También solicita en este caso se deseche el cargo, al no presentarse violación alguna de la ley sustancial.

Consideraciones

1. El defensor de José Fernando Jaramillo Mazuera propone contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué un primer cargo como principal, con apoyo en la causal primera del art. 220 del C. de P.P. por violación indirecta de la ley sustancial, afirmando al mismo tiempo la presencia de errores manifiestos de hecho y de derecho a consecuencia de los cuales no se habría reconocido al procesado la aminorante punitiva consagrada en el art. 60 del C.P.

2. Siendo esta la formulación del reproche, como atinadamente lo señala el representante del Ministerio Público, debe destacar la Sala que incurre el defensor en notables desaciertos técnicos en su formulación, toda vez que simultáneamente ha predicado las dos modalidades de error sin advertir el diverso sentido y alcance que cada una de ellas tiene, pues, como es bien sabido, en el de hecho se está frente a una equivocada expresión fáctica de la prueba, en tanto que en el de derecho se trata de un yerro sobre la significación jurídica que ella tiene, no siendo admisible su alegación casacional a un mismo tiempo.

3. Y, no obstante sostener enseguida que el Tribunal habría incurrido en "falso juicio de identidad" en relación con las pruebas que acreditan la atenuante del art. 60 del C.P., el actor no individualiza cuáles son estos medios demostrativos y mucho menos en qué consistió la tergiversación de su contenido objetivo por parte del sentenciador, como tampoco explica la transcendencia del presunto yerro en el fallo, esto es, porque de no haberse presentado el mismo, la alegada atemperante punitiva efectivamente habría tenido que ser reconocida.

4. Pese a estos vacíos y demostrando con ello una completa inseguridad en la proposición del cargo, como también un verdadero alejamiento de las iniciales premisas del ataque, inusitadamente procede a afirmar el libelista que no obstante aceptar el Tribunal que Jaramillo Mazuera actuó en estado de ira, dejó de aplicar el precepto sustantivo que regula la figura, debido a una "interpretación completamente ajena al verdadero espíritu de la mencionada norma", introduciendo de este modo un nuevo elemento de confusión y falta de técnica al reproche, en razón que como insistentemente lo recuerda la jurisprudencia de esta Sala, en la violación indirecta de la ley sustancial el quebranto se produce por falta de aplicación o aplicación indebida y en ningún momento por interpretación errónea. Además, si fuera verdad que el sentenciador reconoció la presencia de la ira pero se negó a atenuar la pena de conformidad con el art. 60 del C.P., es también sabido que tal evento debe alegarse en casación por la vía directa y no por la indirecta como en este caso se ha postulado.

5. Lo anterior no obsta para precisar que en ningún momento el Tribunal Superior admitió consolidados los elementos propios de la diminuente punitiva en referencia y, antes, por el contrario, como resultado del detenido estudio que sobre el particular hiciera y el análisis crítico de las diferentes pruebas obrantes en el Proceso, descartó categóricamente su concurrencia respaldando con ello la decisión de primer grado, al advertir, como con acierto lo pone de presente el Delegado, que no existió ningún nexo entre el episodio relacionado con el momento en que a tempranas horas Carlos Arturo Aristizábal bailó con la novia de Jaramillo Mazuera, su posterior invitación a ella con el mismo propósito cuando estaba en compañía de aquél y el suceso aislado completamente del anterior episodio, en que Jaramillo Mazuera energúmeno al no habérsele otorgado cré

dito para la cancelación de la cuenta por parte del propietario del lugar, resultó golpeando al mesero Jaime Cuartas Valencia para ir en búsqueda de un arma de fuego a la mesa en que se hallaban sus amigos, sólo que al regresar y no encontrarlo se dirigió a Aristizábal con la pretensión de buscar motivos para agredirlo sin obtener la menor respuesta a su belicosa actitud, pues su víctima estaba para dicho momento impasiblemente sentado en una butaca al lado del bar, pese a lo cual procedió a dispararle a la cabeza segándole instantáneamente la vida.

Sobre este panorama fáctico que concluyó probado el Tribunal y a efectos de negar la aminorante punitiva del art. 60 del C.P., se consignó en la sentencia:

"No puede desconocerse que José Fernando Jaramillo Mazuera actuó con ira, pero de ningún modo puede pregonarse que tal estado emocional le hubiera sido provocado por su víctima, como quiera que si bien Carlos Arturo Aristizábal se hallaba bailando con Mercedes Ibarra cuando llegó Jaramillo Mazuera y quiso sacarla a bailar nuevamente cuando ella se hallaba en la mesa de éste, oportunidad en que no aceptó, lo hizo sin ánimo de ofensa alguna y desconociendo que ella era pretendida por su victimario, como se desprende de lo afirmado por Hernán García, cuando refiere que al negarse Mercedes a bailar con Carlos Arturo, éste le preguntó que si era que ella tenía amores con José Fernando, respondiéndole que sí, porque varias veces habían ido los dos a la discoteca, sin que haya prueba atendible de que por este motivo Carlos Arturo Aristizábal se hubiera disgustado y que hubiera querido tomar represalia de alguna naturaleza.

El estado colérico en que montó José Fernando Jaramillo Mazuera, fue motivado porque no se le aceptó firmar vale por la cuenta y por el reclamo que le hiciera el mesero Cuartas Valencia por entrar a interrumpir el descanso de su patrón Hernán García, hecho que de manera alguna constituyen el 'comportamiento ajeno grave e injusto' que exige el normativo para tener derecho a la disminuente punitiva que pretende el recurrente: pues a este estado de enojo lo equipara la doctrina con el resentimiento, que es la inconformidad del ánimo por el desagrado de alguna cosa, el que de aceptarse en la forma como lo pretende la defensa, daría lugar a una inconsiderable (sic) cantidad de impunidad, porque bastaría con afirmarse que maté porque me dio rabia; cuando la circunstancia en estudio, conforme al artículo que la contempla, tiene elementos esenciales que no pueden desintegrarse para admitirla. Lo que aminora el delito, no es la ira en sí, sino que ésta haya sido causada por comportamiento grave e injusto, es este necesario vínculo entre ella, la incitación injuriosa y el estado sicológico de quien recibe la irritación, el que le da su propia fisonomía.

...

Conforme a lo anterior, no es calumnioso explicarle a una persona que no tiene orden de crédito, ni es deshonroso indicarle que es mortificante

despertar a un ciudadano que se encuentra descansando, ni es injurioso invitar a una dama a bailar cuando se hace sin ninguna otra intención. De suerte, que de situaciones como éstas no puede derivarse la ira que tiene relevancia en el estatuto penal; pues de la ira "normal" se ocupan tratadistas como Emilio Mira y López, quien escribe que *visi orbe sine irae* (no hay mundo sin ira), de la que anota a la vez, que ni Dios mismo escapó a sus efectos, la cual no es aplicable en situaciones con resonancia jurídica"(fl.23 Cdno. Trib.).

6. Así, por último y demostrando con ello el censor que su única pretensión ha sido la de oponerse a la valoración de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal para negar la diminuente de la ira al procesado y sobre la base de una realidad fáctica distinta a la que declaró probada la sentencia, previamente afirmar que el juzgador no podía otorgar "mérito probatorio pleno y completo" a las declaraciones de Carlos Alberto Castañeda, Jaime Cuartas y Hernán García, por no merecer "la credibilidad exigida para llegar al estado de certeza que predica el art. 247 del C. de P. P.", a manera de conclusión sostiene que se está frente a un "error de derecho por falso juicio de convicción", lo cual impone rechazar la censura en cuanto dirigida a controvertir el valor probatorio otorgado por el sentenciador a tales testimonios, pues ya se ha advertido con insistencia por la Corte que esta modalidad de error tiene una exigua posibilidad en la casación penal, a consecuencia de quedar exclusivamente habilitada para aquellos casos en que la propia ley asigna un valor a la prueba –resagos de tarifa legal– o cuando el juzgador le otorga a ella un específico valor no señalado legalmente, mas nó para confrontar los criterios de apreciación racional bajo cuya autonomía el juez llega a la verdad de lo ocurrido.

Lo anterior por cuanto hoy en día es indiscutible que si el juzgador en cumplimiento del mandato legal señalado en el art. 254 del C. de P.P., justiprecia las pruebas en su conjunto –con estricta sujeción a las reglas de la lógica y la sana crítica– y con la debida exposición del mérito que razonadamente les asigna, no es viable atacar la sentencia bajo ninguna de las alternativas que teóricamente contempla la violación indirecta de la ley sustancial, muchísimo menos con un método propio de las instancias consistente en criticar la valoración probatoria del fallo impugnado y la credibilidad que a los distintos medios demostrativos se ha dado, creando para ello una personal secuencia de los hechos con la cual pretende oponerse a la realidad de los que declaró como verdad probada el sentenciador.

En estas condiciones, el ataque debe desecharse.

7. En el segundo cargo también propuesto por la causal primera del art. 220 del C. de P.P., acusa el actor la sentencia "por error manifiesto de hecho", al no haberse reconocido a Jaramillo Mazuera el *in dubio pro reo* pese a existir en el Proceso dos grupos de testigos que describen dos secuencias fácticas diversas.

Procede entonces el libelista a afirmar que el Tribunal derivó su certeza legal para condenar en los testimonios de Carlos Alberto Castañeda, Jaime Cuartas Valencia y Hernán García, no obstante existir un segundo grupo de declarantes conformado por Margoth Mejía Suárez, Gustavo León Buitrago, Denis René Vargas, Gloria Cristina Rodríguez Jaramillo, Hernando Torres Parrado y Mercedes Ibarra, que afirman la inocencia del procesado, de lo cual colige que "Ante las dos versiones, disímiles entre sí, de estos dos grupos de declarantes, surge el fenómeno jurídico de la duda".

8. Así formulado el ataque, es ostensible que su presentación resulta deficiente y precaria, toda vez que el actor no singulariza las pruebas cuya apreciación habría equivocado el Tribunal, pues la genérica referencia a los dos grupos de testigos a que hace alusión no logra concretar cuáles son los falsos juicios que sobre dichos elementos recaen, esto es, de qué manera se manifiesta el yerro fáctico acusado, bien porque el fallador supuso la prueba, la omitió o tergiversó su objetivo contenido y menos aún aborda el fenómeno de la duda, sino que se trata en realidad de un genérico enunciado carente por completo de demostración que lo hace inestudiable en la medida en que la Corte no puede entrar a suplir los vacíos de la demanda en razón al principio de limitación que rige el recurso extraordinario.

9. Es, entonces, de nuevo evidente, que en el fondo lo pretendido por el actor ha sido controvertir el valor probatorio dado por el Tribunal a los testimonios en que fundamentó la sentencia, pues para el demandante tales "testigos resultan sospechosos y carentes de credibilidad", en tanto que el juzgador los estimó dignos de "credibilidad por su espontaneidad y coherencia, así también por la armonía que guardan con las demás probanzas que conforman el plenario", desechando a su turno en detenido y ponderado análisis la versión que ofreció el otro grupo de declarantes conformado por amigos y familiares del procesado, al considerar que ellos plantearon "situaciones que no ocurrieron tergiversando la verdad", con el simple ánimo de favorecer a Jaramillo Mazuera.

De ahí que se imponga insistir en que sólo ante la demostrada presencia de trascendentes errores de hecho puede aspirarse a desvirtuar las presunciones de acierto y legalidad que amparan a la sentencia impugnada en casación, pues al no ejercer la Corte funciones de tercera instancia, es al libelista a quien corresponde una completa y coherente demostración del cargo.

La censura no prospera.

10. Finalmente, respecto al tercer cargo su contradictoria enunciación permite desecharlo de entrada, como quiera a parte de proponerlo por "violación directa de la ley sustancial y por error de derecho", lo que ya de por sí supone una insalvable antítesis y pese a reconocer que en la vía directa no es permitido "discutir la valoración probatoria del juzgador", nada dis-

tinto hace cuando referido como está el reproche al incremento punitivo deducido en la sentencia de conformidad con el art. 66.1, esto es, "Haber obrado por motivos innobles o fútiles", sostiene que no podía agravarse la pena por dicho concepto "debido a que esta circunstancia nunca fue probada en el Proceso".

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:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Determinación de indicios/ **FALSO JUICIO DE CONVICCION**

Buscar desintegrar la prueba indirecta del indicio sin precisar y demostrar el error de hecho o de derecho en la apreciación del hecho indicador, no pasa de ser un intento vano en sede casacional, pues el ataque con prescindencia de ese hecho, a las inferencias resultantes del mismo se convierte así en mera especulación, que no por reiterante puede llevar a la Corte a privar a su arbitrio al fallador de las instancias, del uso del imperativo de realizar esa apreciación dentro de los parámetros de la crítica racional de la prueba, apreciación que se mantiene incólume mientras no se demuestre la incursión en errores objetivos, trascendentes y remediables en casación.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Proceso No. 10784

Aprobado Acta No.090.

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el 27 de enero de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que con modificaciones a la de primera instancia, referente a tres juicios acumulados, condena a Alirio Alberto Guzmán Chitiva a la pena principal de diecinueve años y nueve meses de prisión en calidad de autor del delito de homicidio agravado en la persona de José Rogelio Chaverra Orrego y coautor de los delitos de Hurto Calificado y Agravado y Concierto para Delinquir.

En la misma providencia se condena a Nelson Andrés Mojica, José Ismael Barragán González, Pedro Manuel Ortiz Garzón, e Ismael García Brausin, en calidad de coautores de los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 25 de octubre de 1988 dos individuos solicitaron al ciudadano Arquímedes Poveda Suárez el servicio de transporte de la plaza de merca-

do de Corabastos a inmediaciones del Hospital Simón Bolívar de esta ciudad capital de la República, y cuando transitaban cerca de la vía que conduce a La Calera, en forma violenta, lo despojaron de su vehículo, un campero Nissan Patrol identificado con placas VP-1772.

1.1. Tramitada la correspondiente investigación, el 26 de septiembre de 1989 fueron llamados a juicio, mediante resolución acusatoria del Tribunal Superior del Distrito Judicial, que modificó en el aspecto de la participación, la expedida por el entonces Juzgado 101 I. C. de esta ciudad, los sujetos Alirio Alberto Guzmán Chitiva, Nelson Andrés Cruz Mójica, José Ismael Barragán González, Pedro Manuel Ortiz Garzón e Ismael o Israel García Brausin, en calidad de coautores de los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado y además con la agravante por la cuantía, conforme al artículo 372 del C.P. (fls. 96-111 cd. ppl. 2, caso 1o. y cd. Tr. caso 1o.).

2. El 7 de noviembre de 1988, dos individuos le solicitaron servicio de transporte hacia las Granjas del Padre Luna, al taxista Luis Enrique Jiménez, quien conducía el vehículo Mazda de placa SF-0397 en cercanías de la Plaza de Las Ferias de esta ciudad capital de la República y una vez instalados en el automotor, haciendo uso de armas de fuego y cortopunzante se lo arrebataron y amordazaron y lo dejaron amarrado a un árbol, no sin antes despojarlo de sus documentos y de otros efectos personales. (cd. ppl. caso 2o.).

2.1. Por estos hechos fueron llamados a juicio por el entonces Juzgado 10 I.C., el 16 de noviembre de 1989, los sujetos Israel García Brausin y Nelson Andrés Cruz Mojica, en calidad de coautores de hurto calificado y agravado y Pedro Manuel Ortiz, Ismael Barragán y Alirio Alberto Guzmán Chitiva, éstos en calidad de cómplices del mismo hecho punible, y todos en calidad de coautores de concierto para delinquir (fls. 111-131 cd. ppl. caso 2o.), aunque la calificación impartida en esta resolución acusatoria fue variada el 3 de septiembre de 1990 por el Juzgado 2° Superior, en el sentido de considerar a todos los implicados, coautores del delito contra el patrimonio económico (fls. 462-464 cd. eps. caso 2o.).

3. El 3 de junio de 1991, el taxista José Rogelio Chaverra Orrego fue atacado mediante disparos de arma de fuego que le segaron la vida y su cuerpo arrojado a un caño en la transversal 39 Sur con Diagonal 29-A Sur de esta ciudad capital de la República, a la vez que el vehículo que conducía, un taxi Mazda de placas SFM 278 le fue hurtado, pero recuperado al día siguiente en el municipio de Cáqueza luego de un aparatoso accidente en la carretera hacia Villavicencio, en el que resultaron muertos el sujeto que lo conducía, Edison Villarraga y heridos tres más –entre ellos una mujer y Alirio Alberto Guzman Chitiva–, quien fue capturado, pues los otros, dados de alta en el hospital de Cáqueza, escaparon.

3.1. Por estos hechos fue comprometido en juicio, en calidad de autor de los delitos de hurto calificado y agravado y homicidio agravado el mencionado Guzmán Chitiva, según resolución acusatoria dictada el 9 de octubre de 1991 por el entonces Juzgado 87 I.C., de esta ciudad.

4. Los tres referidos Procesos fueron acumulados mediante autos del 18 de diciembre de 1989 y del 12 de noviembre de 1991, por el Juzgado 2° Superior (fls. 323 y 577 cd.cop.caso 2o.).

5. Surtida la fase enjuiciatoria, el ahora Juzgado de la primera instancia, el 46 Penal del Circuito, profirió sentencia, condenando a todos los implicados así: a Alirio Alberto Guzman Chitiva como autor de los delitos de homicidio en José Rogelio Chaverra Orrego, hurto calificado y agravado en relación con los tres casos acumulados y coautor de concierto para delinquir; a Nelson Andrés Cruz Mojica, José Ismael Barragán González, Pedro Manuel Ortiz Garzón, y a Ismael García Brausin en calidad de coautores de hurto calificado y agravado en los dos primeros casos antes relacionados y concierto para delinquir.

Otras determinaciones pertinentes adoptó el Despacho (fls. 887-920 cd. ppl. 3), algunas de las cuales fueron modificadas en la segunda instancia, pues el Tribunal Superior del Distrito al desatar la apelación interpuesta por el primero de los sentenciados y su defensor, en su fallo revocó la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que había sido impuesta a tres de los implicados y redujo el monto de la indemnización que debían pagar todos los sentenciados a favor del ofendido Arquímedes Poveda Suárez, confirmando las demás decisiones (fls. 164-188 cd. Tr.).

6. Contra la sentencia del Tribunal, la defensa del mismo procesado interpuso el recurso de casación que se estudia.

La Demanda

Concretándose al Proceso por hurto calificado y agravado y homicidio agravado en los bienes y la persona de José Rogelio Chaverra, se formulan dos cargos con fundamento en la causal 3a. y dos con fundamento en la 1a., ambas del artículo 220 del C. de P.P. a la sentencia de segundo grado:

Primero. Se profirió en juicio viciado de nulidad por vulneración del debido Proceso y del derecho de defensa, debido a la falta de motivación, error que afirma, se originó en haberse basado en el fallo de la primera instancia, que a su vez se motivó en la nula resolución acusatoria, en virtud de lo cual el Proceso debe invalidarse desde el auto de cierre de la investigación.

A manera de premisa básica recuerda que las pruebas deben analizarse en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, discurriendo extensamente sobre el tema. Luego entra a discutir la coautoría impu-

lada a su patrocinado en el homicidio, afirmando que los testimonios de Clara Inés Rojas de Chaverra, esposa del occiso y de Blanca Bubia (sic) Chaverra no mencionan a su cliente como partícipe del delito y que estos testimonios no se confrontaron con el contenido de la indagatoria del acusado, sino que el fallador acudió a la prueba de indicios, en forma aislada, la que tampoco analizó en conjunto con el resto del material probatorio. Tampoco el informe rendido por los agentes del Cuerpo Técnico de Policía Judicial sobre que Orlando Pérez y Ofelia Acosta no vivían en la dirección que suministraron, se confrontó con la indagatoria y los antes mencionados testimonios.

En el acápite de "Síntesis del cargo", afirma que ninguno de los indicios de mentira, mala justificación, capacidad para delinquir y móvil para delinquir se confrontó con las pruebas de cumpleaños de la madre del procesado, los informes de la Policía sobre ausencia de huellas de sangre y de restos de deflagración atómica en el acusado y el informe del Hospital Regional de Cáqueza.

Tratando de explicar la "incidencia de las irregularidades en el contenido del fallo", reitera las afirmaciones precedentes y solicita que "se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir dél auto cabeza de Proceso", añadiendo que en la sentencia se tuvieron como indicios algunas constancias que no lo eran y que por consiguiente, en el contexto de esa pieza procesal existen párrafos contradictorios como en el que se afirma la inexistencia de prueba directa de los delitos, pese a lo cual se dedujo la coparticipación del acusado con el individuo que conducía el vehículo hurtado por la carretera hacia Villavicencio.

Seguidamente consigna extenso comentario personal sobre el asunto y cuestiona el estudio que adelantó el Tribunal sobre la responsabilidad, aseverando reiterativamente que se basó en indicios que el Juzgado de la primera instancia había analizado incorrectamente y se pregunta por qué razón el indicio de tenencia del vehículo no se confrontó con la restante prueba allegada.

Finalizando este cargo solicita que: "mediante auto que así lo diga... o providencia que haga tránsito a cosa juzgada ..." la Corte decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación y conceda la libertad de su procurado, precisando que la invalidación debe partir de la transgresión del derecho de defensa y de la garantía del debido Proceso.

Segundo. Subsidiario del anterior. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por violación del debido Proceso, en virtud de la omisión en la práctica de pruebas referentes al aspecto de la coparticipación criminal de su cliente; una de tales omitidas pruebas fue la de absorción atómica a éste inmediatamente después de su captura.

Precisa que "no se quiso visitar" la carrera 10a. con calle 27 Sur de Bogotá "para constatar el flujo de pasajeros o de vehículos para Villavicencio"; tampoco se quiso verificar si para ir a la población de Medina forzosamente hay que pasar por Villavicencio; tampoco practicar la prueba de absorción atómica en las manos de su defendido; tampoco las pruebas sobre coparticipación criminal. Tampoco se tomaron huellas de sangre o dactilares al vehículo hurtado y accidentado en la carretera; ni inspección judicial a la carrera 10a. con calle 27 Sur; tampoco sobre el nexo de causalidad entre los diversos hurtos a que se refiere la sentencia y el homicidio de Chaverra.

Añade que todas estas pruebas incidían en la sentencia: y, bajo el titular que denomina "Concepto de la violación", reitera su solicitud anulatoria y establece, con extensos comentarios, la diferencia jurídica entre esta figura y la revocación.

Pasando luego a un acápite que llama "Demostración del cargo", insiste en que la omisión de práctica de pruebas por inercia o desidia judicial acarrea la nulidad, siendo esas pruebas fundamentales en la relación jurídica y especialmente en los aspectos de responsabilidad y culpabilidad.

Comenta que las pruebas omitidas eran fundamentales para decidir el "sentido y alcance de la responsabilidad aducida" y que como no se quisieron practicar, se vulneró la garantía del debido Proceso, reiterando como corolario la solicitud de anulación.

Bajo el titular de "Síntesis del cargo" reitera que "no se quiso" practicar ninguna de las pruebas que menciona, conjeturando que ello obedeció a razones tales como que:

"se buscaba condenar a un inocente..., 'machetiar' el Proceso y de contera las normas de procedimiento".

Tratando de demostrar la incidencia de la omisión probatoria de que habla, asevera que si esta no hubiera ocurrido, su patrocinado no habría sido condenado por los hechos del Proceso a que se contrae la demanda, añadiendo a sus reflexiones que:

"se acude entonces al Proceso de tergiversación, falsificación, distorsión y acomodamiento caprichoso de la prueba" (fl. 246 cd. Tr.).

Acude, para complementar sus comentarios, a cuestionar acremente la sentencia, afirmando que jamás se estableció la relación causal entre los delitos de hurto a que se refieren los otros Procesos acumulados atribuidos también a su cliente y los delitos a que se refiere el recurso extraordinario. Finalizando este ataque solicita, una vez más, que la Corte declare la nulidad del Proceso, y que precise como causal, la transgresión de la garantía de la defensa.

Tercero. Fundado en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P. También subsidiario.

La sentencia es violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, artículo 324 del C.P., por razón del manifiesto error de hecho en que incurrió en la apreciación de la prueba de indagatoria, pues nunca se allegó prueba en contrario y; sin embargo, a esa declaración se le puso a decir "cosas o aspectos que nunca le pasaron por la cabeza" a su autor.

De esa indagatoria el Tribunal dedujo que: el procesado tenía motivos para causar la muerte del occiso dueño del carro hurtado, sin conocerlo tenía capacidad moral para delinquir, y le había mentido a la justicia Buscando explicar en qué consistió el error, dice, sin precisar los términos de en que ello ocurrió, que el Tribunal otorgó a las respuestas del procesado un alcance que no tenían, excediendo su tenor literal. Hablando del "Concepto de la Violación", luego de discurrir largamente sobre la naturaleza probatoria de la indagatoria relaciona las inferencias de la sentencia tendientes a establecer la responsabilidad del procesado y afirma que no se analizó como confesión sino como medio independiente de prueba.

También se incurrió en falso juicio de identidad respecto de la prueba documental constituida por los informes de la Policía y del hospital de Cáqueza, para, según conjetura: "Entronizar el nombre" de su cliente "a sabiendas de que nunca pudo ser detectado merodeando siquiera el taxi...". Insistiendo sobre el error que pregona, asevera que al tener como pruebas irrefutables de cargo las documentales mencionadas y el acta de levantamiento del cadáver del dueño del carro hurtado, se distorsionó su contenido.

En lo que considera la demostración del cargo, afirma que el informe del hospital de Cáqueza de que allí fueron atendidos el procesado y otras dos personas a raíz del accidente del carro hurtado, no señala inequívocamente a aquél como autor del homicidio, porque no da cuenta de que tuviera en sus manos rastro de deflagración atómica. Agrega que el informe de la Policía de Medina sobre que Orlando Parra y Ofelia Pérez, que habían residido en la vereda San Juanito y se dedicaban a labores del campo se habían ausentado tres meses atrás de la región, en nada compromete a su poderdante, porque no existe nexo de causalidad entre los hechos del informe y las actividades de éste.

Además, el informe de la Policía de Puente Quetame sobre la ocurrencia del accidente, no atribuye a su cliente la autoría del homicidio juzgado. Dice no ver por qué razón la sentencia le atribuye toda la responsabilidad exclusivamente a su cliente, cuando está probado que el resto de pasajeros salió sin huir del centro hospitalario. De otra parte el informe de la Policía sobre que las personas atendidas en el hospital no residían en el lugar que dijeron, no demuestra el acuerdo criminal entre éstas y su cliente; sólo denota que esos terceros mintieron. Concluye que de la lectura de los dichos informes no puede extraerse que su cliente tuviera "conocimiento del robo del ... taxi", ni de que él hubiera cometido el homicidio para apoderarse de ese bien.

También considera que la prueba testimonial fue distorsionada por el fallador. Se refiere a los testimonios de Clara Inés Rojas de Chaverra, Blanca Nubia Chaverra y Tomás Rodríguez, a los que dice, se les hicieron producir "efectos probatorios que no se derivan de su contexto.". El Tribunal dio por existentes los nexos entre esos testimonios y el homicidio, pero reconoció contradictoriamente la inexistencia de prueba directa testimonial de responsabilidad. Termina por afirmar que las sentencia del Tribunal confirmó la del Juzgado, que según asevera:

"había apelado a todo el Proceso de falsificación, distorsión, tergiversación o namanipulación sic) caprichosa de la prueba testimonial."

De la prueba indiciaria igualmente pregona hubo distorsión. Relaciona una serie de circunstancias fácticas que en su sentir no inducían a extractar la autoría y responsabilidad en su cliente, de los delitos a que se contrae el recurso. Luego de comentar ampliamente sobre la conformación de la prueba de indicio y la manera de abordar su estudio, dice que no podía catalogarse indicio de mentira el que su cliente hubiera afirmado carecer de antecedentes penales teniéndolos, porque ello apenas sí constituye una sospecha "o cuando más un indicio contingente solitario sin respaldo probatorio y al cual se oponen varios motivos infirmantes."

Tampoco era indicio el que su cliente hubiera abordado un carro inicialmente hurtado para viajar a Villavicencio; ni que lo hubiera hecho en la carrera 10a. con calle 27 Sur de Bogotá, pues a ese hecho se opone que la señora madre del acusado realmente estaba de cumpleaños según el registro de bautismo, siendo ese el motivo determinante del viaje del acusado. Tampoco era indicio que el procesado hubiera sido reconocido en otro Proceso por el hurto de otro vehículo, pues no existe nexo de causalidad entre este hecho y el homicidio de Chaverra. Tampoco lo era el hallazgo de los documentos de propiedad del vehículo hurtado accidentado en poder del conductor de ese momento, Edison Suárez, porque eso no indicaba la coparticipación de su cliente, pues no demostraba que éste conociera 'los pensamientos ocultos' del conductor fallecido. Tampoco era indicio el que su cliente exhibiera uñas brillantes y cuidadas no obstante tratarse, según lo había asevarado, de un campesino dedicado a su labor agrícola.

Tras volver a criticar duramente la sentencia de la primera instancia, afirma que "la ridiculez de la prueba aportada por el Estado es suficiente para atacar la dirección de conducta ... de un detenido".

Volviendo sobre la conformación del indicio y las pautas para su valoración y advirtiendo que la contundencia de esta prueba depende de la inexistencia de contraindicios, reitera que ninguna prueba demostraba la coparticipación de su cliente. Añade que "no se quiso verificar una sola cita del indagado porque lo importante era condenar por condenar ...": ni inspeccionar el vehículo accidentado para detectar huellas o rastros del

homicidio, ni enviar a su cliente para una prueba de absorción atómica y asevera que inexistiendo prueba directa contra su procurado el juzgado "se la dedica ... a través de deshonrosos interrogantes".

Luego de conjeturar que si otras personas hubieran abordado el vehículo accidentado habrían resultado comprometidas, considera que la tenencia de los documentos por el conductor delincuente occiso es contraindicio en favor de su procurado. Tras volver a cuestionar el Proceso deductivo del juzgador de la primera instancia califica como contraindicios la reconocida falta de prueba directa de los hechos y la inferencia de responsabilidad a partir de la prueba indiciaria.

Hablando de la incidencia del error en el fallo, vuelve a cuestionar largamente las consideraciones probatorias de la sentencia sobre el tema de la coautoría y afirma que "se han atropellado entonces elementales derechos de investigación" por falta de prueba de los elementos del tipo "o fenómeno jurídico de la coparticipación criminal" –punto éste respecto del cual especula largamente– pese a lo cual se involucró a su poderdante como coautor de los ilícitos. Demerita la gravedad de los indicios considerados en el fallo catalogándolos de leves, en extensos comentarios que involucran la necesidad de relación causal inequívoca entre los hechos indicadores y los indicados, todo lo cual complementa con nuevos comentarios irónicos sobre las inferencias del fallador.

Terminando este aparte de la demanda consigna la convicción de haber "comprobado hasta la saciedad la presencia de una verdadera escalada de contraindicios" y, de la inocencia de su cliente y con nuevos y reiterantes comentarios, solicita la casación a que aspira.

Cuarto. También cargo subsidiario. Así aparece enunciado:

"La presencia de contraindicios como causal de la duda probatoria. El *in dubio pro reo*: cuando la sentencia ignora la existencia de la duda razonable y manifiesta origina (sic) en el haz probatorio legalmente recaudado...". La sentencia incurrió en error de hecho por desconocimiento "de la situación fáctica condicionante". Precisa que esos errores fueron falsos juicios de existencia.

Considera que la existencia de los que califica contraindicios dan por demostrada la presencia de la duda suficiente para absolver. "La partida de bautismo" y la cédula de ciudadanía, junto a los demás contraindicios, "desenmascara todo el andamiaje de mal gusto traído de los cabellos para involucrar" a su cliente en los delitos.

Luego de hablar de la presunción de inocencia citando el artículo 445 del C. de P.P. y los eventos que ameritan su aplicación, afirma que esta censura es porque la sentencia es "indirectamente violatoria de la ley sustancial a causa del error de hecho en que incurrió", por no tener en cuenta "la escalada de contraindicios", refiriéndose aquí a las pruebas

que en los cargos precedentes dice no fueron practicadas y al registro de bautismo y la cédula mencionados.

Pasando al "concepto de la violación", habla del principio de certeza probatoria, auxiliado de citas doctrinarias, para afirmar, sin concreción alguna, que en el caso en estudio no existía certeza para condenar y que por tanto, debió absolverse a su cliente "aceptando la prevalencia de los factores positivos sobre los negativos", o en últimas, dar aplicación al principio de la duda, "aceptando la igualdad de factores positivos frente a los negativos".

Bajo el titular de "Síntesis del cargo" pregona que su cliente no fue sorprendido en flagrancia, que se le detuvo por meras sospechas y que "por ello no se quiso hacer nada ... en relación a la identificación... del verdadero culpable". A renglón seguido especula sobre el tema de la necesidad de la individualización para efectos de la imputación y vuelve a cuestionar la sentencia y a reafirmar, sin apoyo concreto, la procedencia de la aplicación de la duda, añadiendo que para la imputación se requiere la relación jurídica entre el autor y la acción u omisión punibles. Después de explicar, con nuevos reiterantes comentarios, la incidencia del error en el fallo, solicita la casación parcial de éste, en atención a que la demanda solo alude a uno de los casos juzgados.

Como petición "especial" incluye la de que se aplique la oficiosidad consagrada en el artículo 219 del C. de P. P., para el "improbable evento de que no fueren acogidas favorablemente"las causales alegadas.

El Ministerio Público

Severas fallas de orden técnico referidas a la claridad de la demanda, sumadas a la carencia de razón en sus reclamos, la hacen inatendible, en criterio del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que en consecuencia sugiere la desestimación de la demanda, pero a la vez, advirtiendo la vulneración de la garantía del debido Proceso por haberse proferido la sentencia acusada cuando ya la acción penal por los delitos de concierto para delinquir por el que los varios implicados habían sido objeto de resolución acusatoria en primera instancia por parte de los Juzgados 104 y 10 I.C., respectivamente, estaba prescrita, y, que la acción penal por el delito de hurto calificado y agravado cometido por los implicados el 25 de octubre de 1988 en perjuicio de Arquímedes Poveda prescribió, sugiere la casación parcial del fallo y la consecuente declaratoria de las prescripciones aludidas.

Es así como advierte que el primer cargo, basado en la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., por transgresión del derecho al debido Proceso como fundamento de la nulidad, constituye una mixtura de especulaciones en torno al estudio probatorio de la sentencia acusada, es decir, un ataque propio de la causal 1a. de casación, "porque lo determinante de su

posición no es la ausencia de motivación sino la diferente evaluación hecha por el sentenciador", censura ésta que tampoco logra estructurar porque, reducida en sus reiterantes afirmaciones a insistir en la falta de confrontación de las pruebas entre sí, no concreta los errores que pudo cometer el fallador, ni menos demostrarlos, sumando a estas falencias, otras que igualmente impiden la prosperidad del reparo, tales como solicitar indistintamente la nulidad del Proceso a partir del proveído de cierre de la investigación y del auto cabeza de Proceso, lo que, dice el funcionario "permite advertir la poca claridad que acompaña la formulación del cargo, al punto de que no puede establecerse con precisión el momento desde el cual se considera quebrantado el debido Proceso", además de que no logra entenderse cómo "la base de toda la censura lo es la falta de motivación de la sentencia, no se ve cómo ella puede afectar la calificación del mérito de la investigación ...".

Proviene la descalificación del Ministerio público al segundo cargo presentado subsidiariamente y en el que se pretende la anulación del Proceso por omisión en la práctica de pruebas, de la inobservancia de los parámetros necesarios a su demostración, que el funcionario decanta antes de concretarse al caso. La demanda, dice, se limita a sostener que las pruebas de inspección judicial y de absorción atómica eran fundamentales para las resultas del Proceso, pero sin especificar, de haberse realizado, de qué manera hubieran demostrado la inocencia del procesado. Para contrarrestar los comentarios del censor, el funcionario transcribe un segmento de la sentencia acusada, que plasma consideraciones probatorias de responsabilidad del procesado de tal contundencia, que descartaría por sí mismo la importancia que el recurrente concede a las pruebas que echa de menos. De la misma manera considera que las demás pruebas cuya omisión en su práctica denuncia el censor habrían sido inoficiosas, frente a las otras consideradas por el Tribunal, en cuyo criterio la responsabilidad del procesado emergió de las diversas pruebas allegadas que lo señalan como autor de los delitos, frente a las cuales las no practicadas carecían de la importancia que les atribuía el defensor.

Por igual descarta el éxito de los reparos basados en la causal 1a. de casación, que encuentra huérfanos de demostración, la que sustituye el profesional demandante con "comentarios que atropellan la labor cumplida por el juzgador incluyendo un tratamiento inusual" para éste, lo que de ninguna manera autoriza la oportunidad que brinda el recurso extraordinario.

Ninguno de los falsos juicios de identidad en la apreciación de las diversas pruebas glosadas que pregona el actor fue demostrado, sino que su labor se redujo a "proponer una serie de reproches sin miramiento alguno a lo que pudo haber sido la tergiversación cometida sobre los medios mencionados", pues de ninguno de éstos el Tribunal manifestó "que sus firmantes hubieran dado a conocer como hecho cierto" que el procesado fue el autor de los delitos, sino que a partir de la prueba indiciaria terminó por endilgarle la responsabilidad necesaria para condenar. Enfatiza el funcionario que

tratándose de la prueba de indicios, era imposible su desquiciamiento en la forma pretendida por el censor, para quien el ataque se redujo a especulaciones interpretativas respecto de las deducciones del sentenciador, pero no a la demostración que impone el recurso extraordinario, de los errores eficaces para cambiar el sentido del fallo recurrido.

Tras descubrir en amplitud el abundante cúmulo de incorrecciones e imprecisiones de la demanda en el cuestionamiento de la prueba indiciaria, concluye, para desestimar el cargo, que la situación "se torna así en mero enfrentamiento de criterios" entre el interesado y la judicatura.

Finalmente, para desestimar el cargo cuarto, en que el demandante aduce subsidiariamente la ocurrencia de errores en la apreciación de la prueba que llevaron al desconocimiento del principio *in dubio pro reo*, encuentra el Ministerio Público carentes de demostración los errores de hecho o de derecho que hubieran determinado esa desfavorable situación para el implicado. Terminado sus comentarios sobre el contenido de esta censura puntualiza: "En resumidas cuentas aquí actúa el censor olvidando que los diferentes medios probatorios no están sujetos a tarifa legal alguna sino a las reglas de la sana crítica ...".

Consideraciones de la Corte

Sin lugar a dudas, la nota característica de la demanda que ocupa la atención de la Sala, es el total olvido por parte del profesional signatario, particularmente en los cargos basados en la causal 3a. de casación, de que el recurso extraordinario es un medio esencialmente técnico de impugnación, que por esta razón impone al usuario, dentro de las exigencias que tocan con lo intrínseco del reclamo, el deber de expresar clara y precisamente los fundamentos de la causal que aduce para solicitar la infirmación del fallo de segundo grado, la indicación de las normas que se estiman transgredidas y la alegación, por separado, cuando de causales distintas se trata, sin que estos requisitos puedan ser omitidos o soslayados con simples comentarios de discrepancia frente a la decisión cuestionada, con el pretexto de la facultad oficiosa que concede el artículo 228 del C. de P.P. a la Corte cuando sea ostensible que el fallo atenta contra las garantías fundamentales.

En el primer cargo denuncia el actor la vulneración de las garantías de la defensa y del debido Proceso porque la sentencia carece de motivación y solicita que en consecuencia la Corte declare la nulidad de lo actuado desde el auto de cierre investigativo, aunque renglones adelante depreca esa nulidad desde el auto cabeza de Proceso, para volver insistentemente a la primera pretensión.

No obstante partir de la premisa de que la sentencia carece de bases argumentales que la sustenten, a lo largo del discurso lo que justamente se evidencia, es que sí fue sustentada, pero no bajo la misma óptica proba-

loria del profesional recurrente; vale decir, que el reclamo, como acertadamente lo observa el Ministerio Público, traspone los lindes de la causal 3a. de casación y se instala bajo los supuestos de la causal 1a., todo ello en una mezcla de apreciaciones libres del profesional que lo llevan a pretender de la Corte la arbitraria aceptación de sus puntos de vista contra los del Tribunal, expuestos sin correlación con el motivo de censura enunciado.

Es así como tras afirmar la falta de motivación, asegura que las pruebas testimoniales de la viuda del dueño del taxi víctima del homicidio y del hurto y de Blanca Nubia Chaverra, no mencionan a su cliente como copartícipe de los ilícitos; que esos testimonios no se confrontaron con la indagatoria del acusado, ni con el informe de la policía sobre el resultado negativo en la búsqueda domiciliaria de las dos personas que habiendo resultado lesionadas en el accidente del vehículo por la vía a Villavicencio junto con el procesado escaparon; que la sentencia se apoyó en la prueba de indicios y que por ello dejó de analizar las pruebas en conjunto, transgrediendo el principio de la sana crítica.

A esto añade que tampoco los diversos indicios fueron confrontados con la prueba de cumpleaños de la madre del procesado, ni con los informes policiales sobre ausencia de huellas de sangre y restos de deflagración atómica en el acusado, ni con el informe del hospital regional de Cáqueza, pero asegurando que en el fallo se consideraron indicios algunas circunstancias que no lo eran, para a continuación cuestionar ampliamente el examen probatorio del Tribunal en torno a la responsabilidad y pregonar su disenso con el estudio probatorio del fallo de la primera instancia, preguntándose por qué el indicio de tenencia del vehículo por parte de su patrocinado no se confrontó con las demás pruebas.

Esta forma de razonar sustrae por completo la reclamación del molde en que el mismo demandante la encasilla para su presentación, pues deja ver, como se ha dicho, que la sentencia sí fue motivada, que recurrió a la prueba indiciaria y sobre ella estructuró el juicio de responsabilidad; no es que el fallador la hubiera proferido sin las necesarias consideraciones probatorias y jurídicas. El reclamo del actor estriba en que no le satisfacen las inferencias del sentenciador, pero ni siquiera porque éste hubiera incurrido en errores aducibles en casación que se hubieran traducido en omisión de pruebas existentes o en invención de pruebas para estructurar la prueba de indicios, o en distorsión de la que examinó por estimarla conducente y necesaria, simplemente, porque en su criterio ninguna prueba directa compromete a su poderdante y por ello la motivación es insuficiente.

Desconoce el censor la connotación de la falta de motivación y por ello no logra demostrar de qué manera se vulneraron los derechos de defensa y el debido Proceso a su cliente, reduciéndose su postura en este sentido, a una afirmación especulativa, no rebatible en sede casacional, pues que el juez extraordinario está sujeto por el principio de limitación, a lo que el

demandante alegue y pruebe, dentro de la precisión que exige la demanda de casación, como juicio técnico-jurídico que es a la sentencia impugnada.

Mostrándose palmariamente, por los mismos términos de la demanda, que el debate propuesto en esta primera censura es de carácter exclusivamente probatorio y que la sentencia sí fue motivada, fuerza es concluir, que la objeción, en primer lugar, está antitécnicamente propuesta; y, en segundo lugar, carece por completo de fundamento.

Y si a lo anterior se suma la petición consecuente al reparo, de que "mediante auto que así lo diga o confirme o providencia que haga tránsito a cosa juzgada" la Corte decrete la nulidad, no otra conclusión se obtiene, que el desconocimiento de la naturaleza del recurso extraordinario aqueja al distinguido demandante, pues sabido es que al resolver el recurso de casación la Corte solo puede emitir un acto de la misma categoría al que es objeto de la demanda, vale decir, una sentencia. Distinto el caso, si se trata de una determinación no demandada que deba adoptarse por circunstancias sobrevinientes en el trámite del recurso, v. gr., la prescripción de la acción o la muerte del procesado, pues que no decidiéndose en estos casos la impugnación, el pronunciamiento sí puede expedirse en auto que hace tránsito a cosa juzgada.

En definitiva, no prospera el cargo.

Atinente al cargo segundo –violación del debido Proceso por omisión en la práctica de pruebas–, encuentra la Corte, de consuno con la Procuraduría en este punto de su concepto, que la sustentación carece del supuesto basilar demostrativo de que de haberse practicado las echadas de menos por el actor, el sentido del fallo hubiese sido diferente. Esto porque ninguna de las pruebas referidas estaban llamadas a acreditar fehacientemente la inocencia del sentenciado, frente a las que el fallador consideró en su juicioso estudio no compartido por el demandante.

En efecto, la inspección judicial a la carrera 10a. con calle 27 sur de la ciudad de Bogotá para verificar el flujo de pasajeros hacia Villavicencio, la constatación de si para ir al pueblo natal del acusado es necesario pasar por Villavicencio, la pericia de absorción atómica, la inspección judicial para verificar huellas de sangre o dactilares en el vehículo hurtado y accidentado, en nada podían demeritar la abrumadora prueba indiciaria con que contó el Tribunal, y de la cual hace cuidadoso soslayo el recurrente, limitándose a afirmar su importancia, pero sin demostrar de qué manera esa prueba hubiera trascendido al fallo para invertir su conclusión condenatoria.

Con sobrada razón advierte el Procurador, en palabras que la Corte hace suyas por compartirlas, que:

"Si el medio de convicción es de aquellos que simplemente apuntan a corroborar lo que ya por otras vías se halla demostrado, o que pretende acreditar asuntos extraños al tema del debate, o que persiguen abundar

en elementos de convicción o acreditar circunstancias que aún tenidas en cuenta no producirían variación alguna en la decisión de segunda instancia, lógico resulta concluir que pese a la evidencia de la no práctica de la prueba, no puede decretarse la nulidad porque aún en caso de reponerse la actuación, los resultados serían idénticos y carecería de sentido prohijar la realización de un Proceso kafkiano que, enredado en los ritualismos, privara al acusado de su oportunidad de que se le administrara justicia".

El reparo se diluye en comentarios particulares, algunos francamente desobligantes respecto del criterio del juzgador de la primera instancia, por decir lo menos, chocantes con la elegancia que debe caracterizar un debate dialéctico en materia jurídica, que se repiten a lo largo del desarrollo de las varias objeciones, sin, además, asomo de cuidado por el atributo de la síntesis tan indispensable al colaborador de la justicia que es el abogado litigante, cuyo empeño no puede materializarse en alegar ante la judicatura caprichosa y reiterativamente, creando falsas expectativas en su cliente, que las más de las veces confiando en su juicioso y recto criterio, hace eco de irregularidades procesales que solo existen en la imaginación de su representante judicial. No otra cosa puede concluirse de afirmaciones tales como que la no práctica de pruebas obedeció al designio judicial de 'condenar a un inocente, de 'machetiar' el Proceso y de contera las normas de procedimiento', que se acudió al Proceso de 'falsificación', y 'acomodamiento caprichoso' de la prueba, todo ello sin, ni siquiera la intención de demostrarlo, como lo revela el contexto del farragoso escrito.

No prospera el cargo.

El tercer cargo, también subsidiario y basado en la causal 1a. de casación tampoco adquiere entidad para remover el fallo acusado.

En éste se preconiza la incursión del Tribunal en error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad en la evaluación de la indagatoria del procesado y de todas las demás pruebas examinadas para arribar a la decisión condenatoria, es decir, de la documental, testimonial e indiciaria. Pero al igual que en las anteriores censuras, la demostración del proclamado yerro brilla por su ausencia y es reemplazada una vez más, por los habituales comentarios desapacibles hacia la labor judicial.

Es así como en relación con la apreciación de la indagatoria, no indica el texto de la misma como punto de referencia para establecer la distorsión, el rebasamiento de su tenor literal de que dice fue objeto, sino que cuestiona las deducciones del fallador frente a esa declaración: tampoco indica de qué manera se tergiversaron las diversas pruebas documentales de que habla, esto es, los diferentes informes de la Policía sobre los hechos y a lo largo de la investigación, el del hospital de Cáqueza, del acta de levantamiento del cadáver del conductor del carro una vez hurtado. Al respecto la demostración del cargo se expresa mediante apreciaciones subjetivas del actor, en el sentido de que ninguna de esas pruebas documentales comprometía directamente a su patrocinado en los delitos, de que éste

tuviera conocimiento del hurto del vehículo y, de que no existía relación causal entre los hechos de que ellas daban cuenta y la conducta de éste.

Idéntico comportamiento asume el censor respecto de la prueba testimonial proveniente de la viuda del taxista y de Blanca Nubia Chaverra y Tomás Rodríguez, pues el reparo se reduce a aseverar que se extrajeron "efectos probatorios que no se derivan de su contexto" y que no comprometían de manera directa a su cliente, sin cotejar los contenidos de la prueba y del fallo para extractar la distorsión que pregona.

En cuanto a la prueba de indicio, otro tanto acaece. Mediante la sistemática descalificación a las consideraciones probatorias del fallo, estructura, a su particular y obviamente interesada manera, un panorama probatorio propicio a su pretensión, estableciendo como indicios circunstancias que no fueron tenidas por el fallador en cuenta para la formación de los que analizó; termina por asegurar que la responsabilidad se cimentó sobre meras sospechas o en simples indicios contingentes, que deben ceder ante el cúmulo de contraindicios que en su criterio militan en el Proceso, mezclando con este reparo el actor una vez más y de acuerdo a su característico estilo, comentarios que ya había ofrecido en el cargo basado en la causal 3a. de casación y que desnaturalizan la censura, apoyada como está, en la causal 1a., de que "no se quiso" adelantar la práctica de determinadas pruebas y añadiendo que "no se quiso" verificar ninguna de las citas del indagado en la investigación.

Ante este cúmulo de inconsistencias del reparo, surge en abultado contraste cómo el profesional demandante minimiza el contundente indicio de la presencia del procesado entre el vehículo hurtado y accidentado, prueba ésta desde la cual y con el auxilio de las restantes legalmente allegadas, el fallador configuró los demás indicios extrayendo las varias inferencias sobre autoría y responsabilidad del procesado, en un Proceso evaluativo equitativo, serio y responsable, acorde con los principios de la crítica racional, mediante el cual corrigió las inconsistencias evaluativas del a quo advirtiendo claramente que el juicio de responsabilidad se apoyaba en la prueba indiciaria, en acotación que atinadamente transcribe el Ministerio Público.

Buscar desintegrar la prueba indirecta del indicio sin precisar y demostrar el error de hecho o de derecho en la apreciación del hecho indicador, no pasa de ser un intento vano en sede casacional, pues el ataque con prescindencia de ese hecho, a las inferencias resultantes del mismo se convierte así en mera especulación, que no por reiterante puede llevar a la Corte a privar a su arbitrio al fallador de las instancias, del uso del imperativo de realizar esa apreciación dentro de los parámetros de la crítica racional de la prueba, apreciación que se mantiene incólume mientras no se demuestre la incursión en errores objetivos, trascendentes y remediables en casación.

La presencia de contraindicios eficaces para despojar de su fuerza de convicción a los indicios, presupone la demostración de los errores de

conformación y examen de éstos y la correlativa configuración y contundencia de aquéllos; no cualquier hecho que el demandante catalogue como tales asume esa entidad; por ello el comentario de la Procuraduría al respecto es atinado: "La situación se torna así en mero enfrentamiento de criterios, donde lo que para el censor son indebidas valoraciones, para la Corte ello no constituye causal de casación, y donde lo que propone como contraindicios, son simples apreciaciones que aunque como en el caso de la partida de bautismo de la madre, confirma la fecha de su nacimiento, tal elemento de suyo es ineficaz para derrumbar la cadena de indicios que a lo largo de la investigación se tejieron contra el vinculado".

Así la situación, es manifiesta la improsperidad del cargo.

En relación con el cargo cuarto, también subsidiario y basado igualmente en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P., vuelve la falta de demostración a dejar sin piso la pretensión casacional.

Asume el actor que la sentencia incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al omitir la apreciación de los contraindicios, consistentes en la partida de bautismo y la cédula de ciudadanía de la madre del procesado y en las pruebas que no fueron practicadas y, que por consiguiente, debió el fallador aceptar la prevalencia de los factores favorables sobre los adversos para absolver, o en últimas, equiparándolos, dar aplicación al principio de la duda con el mismo resultado.

La demanda no desquicia la prueba de indicio básica de la sentencia, y, por lo tanto, no puede acreditar la eficacia de los que denomina contraindicios para derruir la sentencia, tornándose una vez más, en asiento de especulaciones y pugna de criterios entre el demandante y la sentencia, en la que el argumento fundamental lo constituye la creencia insistente del profesional de que la ausencia de prueba directa impide la labor juzgadora de la administración, al afirmar que su procurado no fue sorprendido cuando cometía el delito, sino detenido y comprometido por meras sospechas.

También este cargo resulta inatendible.

En conclusión, todos los cargos de la demanda son inatendibles.

Ahora bien, como el representante del Ministerio Público glosa la sentencia de segundo grado por fallas procedimentales y además asevera que uno de los delitos de hurto calificado y agravado prescribió después de dictada esa providencia sugiriendo en consecuencia la oficiosa casación del fallo, entra la Sala a pronunciarse al respecto.

De la Casación Oficiosa y la Prescripción

1. El 26 de septiembre de 1989 el procesado recurrente y los no recurrentes, fueron comprometidos en juicio por resolución acusatoria dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, que con modificaciones

sobre la clase de participación de todos los implicados confirmó la de primera instancia, en el Proceso que luego se acumuló con el que es objeto de este recurso, en que se hizo víctima al ciudadano Arquímedes Poveda Suárez, por los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado por circunstancias específicas del artículo 351 del C.P. y por la del artículo 372 del mismo estatuto, al ser despojado violentamente de su vehículo automotor.

La sentencia de segunda instancia fue proferida el 27 de enero de 1995, vale decir, más de cinco años después de calificado el mérito sumarial, lo que implica que efectivamente la acción penal por el delito de concierto para delinquir había prescrito, si se tiene en cuenta que la penalidad máxima imponible era de nueve años de prisión por el uso de armas –artículo 186 del C.P.inciso 2°–. Pues reducida esta pena en la mitad por razón de la resolución acusatoria y teniendo en cuenta que el término prescriptivo no puede ser inferior a cinco años –artículos 84 y 80 del C.P., el Estado quedó enervado para ejercitar el derecho de punir por ese hecho delictivo, tal como lo advierte la Procuraduría.

2. Idéntica situación se presenta respecto del delito de concierto para delinquir por el que fueron también llamados a juicio todos los implicados el 16 de noviembre de 1989 por el entonces Juzgado 10 I.C. en el Proceso también acumulado, en que fue víctima el ciudadano Luis Enrique Jiménez, tanto del mencionado delito, como del de hurto calificado y agravado de su vehículo automotor.

En este Proceso la resolución calificatoria que comprometía en juicio a todos los implicados como coautores del delito de concierto para delinquir fue notificada el 21 de noviembre de 1989, esto es, que para cuando se profirió la sentencia de segunda instancia 27 de enero de 1995, también la acción penal por este hecho punible había prescrito.

Estas condiciones hacen imperativo reconocer que al proferirse la sentencia de segunda instancia con esta causal que impedía la prosecución de la acción, realmente se transgredió la garantía del debido Proceso, y por ende, el fallo de segundo grado debe ser parcialmente casado, y en su reemplazo (arts.228 y 229-1 C.P.P.) declarar las prescripciones referidas, ordenar la cesación del procedimiento por los delitos de concierto para delinquir, develados el 25 de octubre y el 7 de noviembre de 1988 por los procesados Alirio Alberto Guzmán Chitiva, Nelson Andrés Cruz Mojica, José Ismael Barragán González, Pedro Manuel Ortiz Garzón, e Ismael ó Israel García Brausin, fechas éstas en que hurtaron violentamente los vehículos de los ciudadanos Arquímedes Poveda Suárez y Luis Enrique Jiménez, respectivamente, y regraduar proporcionalmente la sanción por los restantes delitos, así: para el recurrente Alirio Alberto Guzmán, a quien se condenó por un concurso de delitos en causas acumuladas (fls.917-918 C.3) tales como dos de hurto calificado y agravado, el de homicidio agrava-

do y hurto agravado y calificado, sin especificar el incremento por cada uno de ellos, lo cual permite reducir la pena en dos (2) meses, quedando en definitiva la pena de prisión en diecinueve (19) años y siete (7) meses.

Para los restantes sentenciados, los no recurrentes Nelson Andrés Cruz Mojica, José Ismael Barragán González, Pedro Manuel Ortiz Garzón, e Ismael García Brausín a los que se extiende la decisión (art.243 del C.P.P) por cuanto el Juzgado consideró como más grave el delito de concierto para delinquir y a partir de ahí dosificó la pena, ésta se limitará al concurso de delitos de hurto calificado y agravado -ninguno de ellos con acción prescrita, como en seguida se verá-. Se les impuso la pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, también sin especificar el quantum por cada uno de los delitos en concurso. Partiendo entonces, del hurto calificado y agravado (38 meses y 4 días de prisión), se incrementa por el concurso (art.26) en trece (13) meses y veintiseis(26) días, quedando en definitiva una pena de prisión de cincuenta y dos (52) meses.

3. Por cuanto hace al delito de hurto calificado y agravado, cometido por los mismos individuos el 25 de octubre de 1988 en perjuicio del ciudadano Arquímedes Poveda Suárez, no asiste la razón al señor Procurador en su afirmación de que la acción se halla prescrita por el tiempo transcurrido entre el acto calificatorio y la fecha actual.

Es de observarse que el compromiso penal en la resolución acusatoria, que, como se sabe, fue proferida el 26 de septiembre de 1989 en segunda instancia, cobijó a todos los implicados en calidad de coautores del delito de hurto calificado y agravado, conforme a los artículos 350-1, 351-6,10, y. 372-1 del C.P., según la precisión hecha en la calificación jurídica provisional por el Juzgado de la primera instancia en su proveído (fls. 96 y 109 cd. ppl. 2 caso 1o.), que no fue modificada por el Tribunal al desatar la apelación (fls. 25-35 cd. Tr. caso 1o.).

Fluye entonces que la penalidad máxima imponible por el aludido delito contra el patrimonio económico es de dieciocho (18) años, discriminados así: ocho (8) por el hurto calificado incrementados en la mitad por el hurto agravado para un total de doce (12), éstos a su vez incrementados en la mitad por la genérica agravante del artículo 372 del C.P.

Significa esta contabilización, que a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria, no ha transcurrido la mitad del término ordinario de prescripción de que trata el artículo 84 del C.P., es decir, los nueve (9) años requeridos para la operancia del fenómeno jurídico.

En conclusión pues, no se accederá a la declaratoria de prescripción que sugiere el Ministerio Público.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído y parcialmente acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. *Desestimar* la demanda de casación presentada en este Proceso.

2. *Casar* oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, únicamente en cuanto condenó a todos los procesados por los delitos de concierto para delinquir cuya acción penal está prescrita. En consecuencia: Declarar Prescrita La Acción Penal por el Delito de Concierto para Delinquir Cometido por Alirio Alberto Guzmán Chitiva, Nelson Andres Cruz Mojica, José Ismael Barragán González, Pedro Manuel Ortiz Garzón e Ismael o Israel García Brausin, En hechos acaecidos el 25 de octubre y el 7 de noviembre, ambos de 1988, fechas en que los mismos sujetos cometieron delitos contra el patrimonio económico de los ciudadanos Arquímedes Poveda Suárez y Luis Enrique Jiménez, respectivamente.

Por consiguiente, Ordenar la Cesación de procedimiento por los referidos hechos punibles, en favor de los mencionados procesados, redosificando la pena así:

a. Condenar a Alirio Alberto Guzmán Chitiva, de condiciones civiles conocidas en el Proceso, a la pena de prisión de diecinueve (19) años y siete (7) meses, en su condición de autor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado en la persona y bienes de José Rogelio Chaverra Orrego y coautor de los delitos de hurto calificado y agravado en bienes de Arquímedes Poveda Suárez y Luis Enrique Jiménez, hechos punibles ocurridos en las circunstancias de todo orden de que da cuenta la actuación.

b. Condenar A Nelson Andrés Cruz Mojica, José Ismael Barragán González, Pedro Manuel Ortiz Garzón e Ismael ó Israel García Brausin, a sendas penas de prisión de cincuenta y dos (52) meses en calidad de coautores de los delitos de hurto calificado y agravado en bienes de los ciudadanos Arquímedes Poveda y Luis Enrique Jiménez.

c. Condenar a los nombrados en el literal inmediatamente anterior, a sendas penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

En lo restante, sin modificaciones el fallo acusado. En firme, Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Rebelión

Desde el punto de vista político-criminal legislativo, el Estado se vio compelido a intensificar notoriamente las penas para el solo delito de rebelión (Decreto Legislativo 1857 de 1989 art. 1°.), actitud que se sintió necesario prolongar en el tiempo por la vigencia con vocación de permanencia del artículo 8° del Decreto 2266 de 1991.

La enorme confusión que han generado dentro de la población los grupos insurgentes, como aquel en el cual fue hallado incurso el procesado (...) y también las dificultades que han generado en la búsqueda de la respuesta adecuada del Estado, se debe a un trastocamiento de los objetivos de tales movimientos cuya rebeldía apunta a un cambio político. De modo que, si se examina el sentido preventivo general (protección social) involucrado en la fórmula de los "antecedentes de todo orden", que refiere el artículo 72 del Código Penal, no se cuenta con la seguridad necesaria para anticipar que se producirá el reintegro pacífico del condenado a la sociedad. En efecto, por una paradoja que no se aviene con los fines buscados, las acciones de la insurrección armada han derivado en el inmenso temor y el sometimiento de la comunidad a cuya redención supuestamente se aspira. En virtud de estas connotaciones, sin perjuicio de las decisiones posteriores, no procede la excarcelación provisional por lo que el convicto habrá de purgar la pena en su totalidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., junio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13382

Aprobado Acta No. 92

VISTOS

El interno José Eduardo Silva Rodríguez demanda de la Sala "...decretar la rebaja de pena consagrada en el artículo 530 del C. de P. P., y descontarla de la pena impuesta en la sentencia condenatoria...".

Adicionalmente solicita la libertad provisional, si se hallare en las circunstancias del artículo 72 del Código Penal.

Con la solicitud acredita tiempo de trabajo y estudio certificado por la autoridad carcelaria, así como calificación de su conducta.

ANTECEDENTES

El peticionario fue condenado por un Juzgado Regional de esta ciudad a la pena principal de 56 meses de prisión como autor del punible de rebelión, decisión que fue confirmada por el Tribunal Nacional mediante sentencia que lleva fecha del 8 de octubre de 1996, la que hoy se encuentra recurrida en casación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero precisar al procesado Silva Rodríguez la imposibilidad en que se encuentra la Corporación de atender su requerimiento relacionado con el reconocimiento del tiempo trabajado y estudiado en reclusión para la rebaja de pena que persigue, por ser del resorte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tal como lo dispone el artículo 530 del C. de P. P. Se atenderá sí su aspiración excarcelatoria que en forma subsidiaria depreca.

Como el punible de Rebelión es conducta incluida en la prohibición que consagra el artículo 72 A del Código Penal para considerar la libertad provisional por esta vía, sólo procede la regulada en el artículo 72 ídem.

Se sabe que el procesado José Eduardo Silva Rodríguez se encuentra privado de su libertad desde el 26 de septiembre de 1995, luego a la fecha, ha efectivizado un descuento físico de 33 meses.

Tiene acreditadas 2.504 horas de trabajo en artesanías y 1.320 horas de estudio que le representan una redención de pena equivalente a ocho (8) meses y ocho (8) días, los que adicionados al tiempo que ha purgado en reclusión, le tributan un total de 41 meses y ocho (8) días de descuento efectivo de pena, muy superiores a los 37 meses y 10 días, correspondientes a las dos terceras partes de la sanción, cumpliendo de esta manera con el requisito objetivo del artículo 72 citado. Procede entonces el estudio de la exigencia subjetiva de dicha disposición para determinar la viabilidad o no de su pretensión.

Se ha sostenido que en torno al otorgamiento de la libertad provisional, con miras a determinar un pronóstico aproximado de readaptación del recluso, es preciso realizar un examen integral y de conjunto que además del comportamiento durante la ejecución penitenciaria tenga en cuenta la personalidad del reo y un estudio de sus "antecedentes de todo orden", que se ven proyectados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue cometido el delito por el que se le juzga con miras a un pronóstico de su

anticipada readaptación. La evaluación de estos componentes no resulta favorable al peticionario, no obstante su buen comportamiento que ha observado durante el cumplimiento de la pena y la ocupación del tiempo en actividades productivas como lo informan los centros carcelarios donde ha permanecido en reclusión.

De autos se extracta que por labores de inteligencia desplegadas por el Ejército Nacional, se estableció la vinculación de Silva Rodríguez a la agrupación guerrillera Farc, en la cual desempeñaba funciones como miembro del comité de finanzas de la facción oriental del referido grupo.

Las pesquisas de las autoridades permitieron su localización el 26 de septiembre de 1995 en un sector del sur de esta capital, en donde al ser requerido para constatar su identificación, reaccionó detonando una pistola calibre 25 mm, como manera de huir, propósito frustrado por la acción de los uniformados quienes lo pusieron a disposición del instructor regional ante quien ese día admitió su pertenencia al citado grupo rebelde desde el año de 1982.

Son estas circunstancias las que llevaron al Tribunal Nacional a declarar al peticionario incurso en el delito de Rebelión, según el fallo recurrido en casación.

Ahora bien, si esa es la imputación que pesa en su contra, sustentada en una sentencia que goza de la doble presunción de acierto y legalidad, resulta insoslayable que este hecho punible por sí solo se ha erigido en un motor de quebrantamiento persistente del orden jurídico y de la inestabilidad que con brotes de desesperación acompaña a los asociados y no meramente al establecimiento constitucional. Prueba de ello es que, desde el punto de vista político criminal legislativo, el Estado se vio compelido a intensificar notoriamente las penas para el solo delito de rebelión (Decreto Legislativo 1857 de 1989, art. 1°.), actitud que se sintió necesario prolongar en el tiempo por la vigencia con vocación de permanencia del artículo 8° del Decreto 2266 de 1991.

La enorme confusión que han generado dentro de la población los grupos insurgentes, como aquel en el cual fue hallado incurso el procesado Silva Rodríguez y también las dificultades que han generado en la búsqueda de la respuesta adecuada del Estado, se debe a un trastocamiento de los objetivos de tales movimientos cuya rebeldía apunta a un cambio político. De modo que, si se examina el sentido preventivo general (protección social) involucrado en la fórmula de los "antecedentes de todo orden", que refiere el artículo 72 del Código Penal, no se cuenta con la seguridad necesaria para anticipar que se producirá el reintegro pacífico del condenado a la sociedad. En efecto, por una paradoja que no se aviene con los fines buscados, las acciones de la insurrección armada han derivado en el inmenso temor y el sometimiento de la comunidad a cuya redención supuestamente se aspira. En virtud de estas connotaciones, sin perjuicio de las

decisiones posteriores, no procede la excarcelación provisional por lo que el convicto habrá de purgar la pena en su totalidad.

En mérito de lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *niega* la libertad provisional deprecada por el procesado José Eduardo Silva Rodríguez.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA-Inconducencia e impertinencia

La solución de problemas fácticos o jurídicos que surgen dentro del Proceso, en primer lugar, debe buscarse en la ley, conforme con el principio de legalidad del Proceso *que tiene carácter constitucional y rector (Const. Pol., art. 29 y C. P. P., art. 1°). Este será el punto de partida, por obvias razones de igualdad, seguridad y libertad en las decisiones, para acudir después, en segundo lugar, al auxilio de la equidad, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho (art. 230 Const. Pol.).*

Pues bien, el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal dispone:

"Rechazo de las pruebas. No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del Proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente, o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este Código" (se ha subrayado).

Basta la lectura de la norma para establecer que el legislador adoptó un concepto único y complejo, en el sentido de que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del Proceso, pero ninguna prueba será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes. Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al Proceso, no sólo es impertinente sino que también resulta inconducente, pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el Proceso como plan de acción. La conducencia sólo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (pertinencia).

Este criterio aparece reforzado en la primera parte del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, norma según la cual "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el Proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del

sindicado...". Precisamente, los hechos materia del Proceso sólo son aquellos que tienen que ver con los elementos constitutivos del delito que se examina y la responsabilidad (penal y civil) de quienes han sido legalmente vinculados.

Todas las pruebas ordenadas dentro de un Proceso, antes de su práctica, son potenciales, en el sentido de que pueden arrojar un resultado positivo o negativo en relación con su objeto; es decir, así como pueden contribuir a formar constancias relativas a la configuración del delito o de la responsabilidad del sujeto, también pueden llegar a desestructurarlas, pero, eso sí, una vez se hayan valorado individual y conjuntamente (art. 254 C. P. P.). Por ello, con acentuada lógica, el Estatuto Procesal Penal Colombiano señala que las pruebas "conducen a la verdad o a la certeza", es decir, siempre son medios o vehículos para llegar a ella, pero no son fines en sí mismos, porque no constituyen la verdad o la certeza sino que la propician.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho. (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Proceso No. 14523

Aprobado Acta N° 90 (25-06-98)

VISTOS

En el Tribunal Superior de Manizales se adelanta el juicio en relación con el doctor Iván Castaño Yepes, Fiscal Delegado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares (Caldas), a quien la Fiscalía General de la Nación acusó por un concurso de varios delitos de cohecho propio y prevaricato por acción. Proceso en el cual el defensor del procesado solicitó pruebas para la etapa de la causa, algunas de las cuales fueron inadmitidas por medio de auto fechado el 19 de marzo del año en curso.

El defensor no estuvo de acuerdo con el rechazo de la ampliación del testimonio de la doctora Ruth Clemencia Zuluaga Aristizábal, razón por la cual interpuso simultáneamente los recursos de reposición y apelación (éste como subsidiario). Negada la impugnación principal, la Sala se ocupa de la segunda.

ANTECEDENTES

Los hechos delictivos, según los narra la resolución de acusación dictada por el Fiscal Quinto de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, se refieren a que el fiscal Iván Castaño Yepes y el auxiliar Jorge Esaú López Gómez, adscritos a la Unidad Seccional de Fiscalía del municipio de Manzanares, recibieron dinero para concederle injustamen-

te la libertad a los individuos José Neftalí López Sánchez (alias "tenedor") y César Tulio Gómez Hoyos, apodado "huevo", quienes junto con el sujeto Alberto Gómez Montoya, conocido como "gorrete", estaban vinculados a la investigación por el delito de homicidio (tentativa) perpetrado en contra de la vida del señor Luis Francisco Castañeda Gallego. Las liberaciones irregulares se produjeron por medio de resoluciones que el funcionario acusado expidió el 16 de septiembre y el 11 de octubre de 1996, respectivamente.

De igual manera, el funcionario judicial fue acusado por otro delito de prevaricato, en razón de su proceder supuestamente anómalo dentro de la investigación relacionada con el ciudadano Bertulfo Giraldo Castrillón, a quien se imputaba el delito de homicidio que recayó en la persona del señor Aquilino Marín De Los Ríos. En efecto, se cuestiona la legalidad de la resolución del 6 de marzo de 1996, por medio de la cual inicialmente se abstuvo de dictarle medida de aseguramiento al sindicado, aunque después repuso la determinación a instancias del Ministerio Público, pero también se tacha de abiertamente ilegal la decisión calificatoria del 13 de junio del mismo, por cuyo medio precluyó la investigación en favor del mismo.

El defensor indica en su memorial petitorio que es necesaria la ampliación del testimonio de la doctora Ruth Clemencia Zuluaga Aristizábal, quien, como representante del Ministerio Público, en su condición de Personera Municipal de Manizanares, fue notificada directamente de la resolución de preclusión dictada dentro del Proceso por homicidio adelantado en relación con el sindicado Giraldo Castrillón, con el fin de "que explique por qué razón no interpuso ningún recurso contra esa decisión" (fs. 701, cuaderno principal No. 2).

Como razones de conducencia y pertinencia de la prueba solicitada, el peticionario arguye que se propone establecer que la mencionada providencia "no fue contraria a la ley" (ídem, fs. 702).

Por medio de auto fechado el 19 de marzo pasado, el Tribunal Superior de Manizales admitió algunas de las pruebas solicitadas por la defensa, decretó otras de oficio, se negó a recibirle declaración a la señora Luz Helena Herrera Alzate y rehusó también la ampliación del testimonio de la doctora Ruth Clemencia Zuluaga Aristizábal. En relación con los medios probatorios rechazados, se trae como fundamento que las pruebas son "inconducentes e improcedentes", porque, particularmente en lo que atañe a la ampliación de la declaración de la agente del Ministerio Público, "la intervención de las partes obedece a lo que, a su leal saber y entender, consideran procedente, y no es dable al Juzgador exigirles explicaciones en torno a una actuación que por mandato de la misma ley es discrecional" (ibidem, fs. 705 y ss.).

El impugnante ofrece la siguiente sustentación de los recursos:

1. De acuerdo con el artículo 277 de la Constitución Política y los artículos 131, 132, 133, 135 -nums. 3 y 4- y 188 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público es el garante de la legalidad, supuesto que le corresponde, entre otras funciones, vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, proteger los derechos humanos y defender el orden jurídico y las garantías fundamentales. Un ejercicio tan trascendental como el reseñado, dice el impugnante, no puede ser discrecional sino marcada-mente obligatorio.

2. En esa especificada posición de garante de la legalidad, el agente del Ministerio Público, una vez notificado de las decisiones judiciales y advertida la ilegalidad de alguna de ellas, tiene la obligación de impedir que la misma quede en firme, mediante la interposición de los respectivos recursos.

3. Si el representante del Ministerio Público renuncia a ejercer el mencionado control de legalidad, habida cuenta de su posición de garante, puede estar incurso en el delito de prevaricato por acción (art. 149 del C. P.), cuya realización sería de comisión por omisión, o cuando menos en el de prevaricato por omisión (art. 150 ídem).

4. Arguye que la conducencia y la pertinencia de la prueba son dos nociones diferentes, pues, según lo enseña el tratadista Hernando Devis Echandía, la primera tiene que ver con la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer sobre el hecho a que se refiere, mientras la segunda, que el autor citado denomina también relevancia, consiste en la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del Proceso de jurisdicción voluntaria o del incidente o de la investigación penal, según el caso.

5. Con apoyo en doctrina nacional y extranjera, circunscrito al tema de la pertinencia, el recurrente afirma de que "si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto de jurisdicción voluntaria o del Proceso penal, es mejor decretar y practicar la prueba". Además, el rechazo sólo es procedente ante la evidencia, porque si aparecen dudas sobre la conducencia o la pertinencia de la prueba, el juez debe pronunciarse en favor de la admisión, dado que, de todas maneras, al momento de valorarla habrá de volverse sobre el mencionado requisito y podrá negarle valor en el supuesto de que falte.

6. La ampliación de declaración solicitada, por cuanto constituye un testimonio, es una prueba conducente, supuesto que es apta para demostrar determinados hechos; además, no existe norma que prohíba a los agentes del Ministerio Público atestar sobre los hechos relacionados con los Procesos en los cuales intervinieron como tales.

7. Si la resolución de preclusión fechada el 13 de Junio de 1996, por virtud del examen que hizo la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte,

es manifiestamente contraria a la ley, resulta lógico y legítimo, "para los fines propios de este Proceso", exigirle a la doctora Zuluaga Aristizábal que aporte las explicaciones para haberse abstenido de interponer recursos en contra de esa determinación.

8. Agrega el recurrente que está seguro de que la actitud omisiva de la Personera se debió a que halló la decisión conforme con la realidad probatoria y la ley, "pero para los intereses procesales del Dr. Iván Castaño Yepes es imperioso que la explicación de la descrita conducta la suministre la misma distinguida letrada que la asumió" (fs. 727). Si el hecho atribuido al doctor Castaño Yepes es el que constituye el delito de prevaricato, visto que la declaración de la doctora Zuluaga Aristizábal versa sobre la contrariedad de la respectiva decisión con la ley, la pertinencia de la prueba no puede ser más evidente.

9. Como en el auto que se impugna se sugiere que la ampliación de la declaración poco puede aportar, el actor finaliza diciendo, soportado en otro doctrinante extranjero, que del juicio de pertinencia de la prueba debe excluirse "la idea de su eventual eficacia", porque las valoraciones acerca del probable resultado sólo pueden hacerse una vez se haya practicado toda la prueba; de modo que para la admisión basta que sea "hipotéticamente idónea para aportar, directa o indirectamente, elementos de conocimiento sobre los hechos que deben ser probados". Cualquier anticipación de resultados de la prueba, afirma el abogado, atenta contra la imparcialidad del juez y el derecho de las partes a probar los hechos discutidos en el Proceso (fs. 729).

En el auto que niega la reposición, fechado el 22 de abril último, el Tribunal sienta las siguientes premisas:

1. A partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, es clara la discrecionalidad de la intervención del Ministerio Público, dentro de una relación concreta sujeto procesal-acto procesal y no en abstracto (como parece entenderlo el impugnante), pues así se infiere de expresiones tales como: "cuando sea necesario"o "podrá intervenir", o "cuando lo considere necesario", consignadas en los artículos 277-7 de la Carta Fundamental y 131 del Código de Procedimiento Penal.

2. En cuanto a la omisión del Ministerio Público y su consecuente incursión en una falta al deber legal o en el delito de prevaricato, es cuestión que debe manejarse como alegato previo a la sentencia, porque intentar erigir la culpabilidad del reo en el no hacer de un sujeto procesal exige entrar en un examen de ese estrato del delito (culpabilidad), lo cual significa anticipar juicios sobre el tema de la responsabilidad.

3. Acudiendo a la distinción entre las pruebas históricas y críticas, según clasificación que trae el tratadista Francesco Carnelutti, el Tribunal sostiene que la subjetividad de la representante del Ministerio Público, como razón para no haber interpuesto el recurso en contra de la decisión

cuestionada, no requiere del medio de convicción solicitado, dado que ya existe una prueba crítica sobre el tema, en el sentido de que por la naturaleza del fenómeno por probar puede inferirse "a través del raciocinio lógico y deductivo". Si el sujeto procesal no ataca una providencia a él notificada, se presume (presunción de hombre) su conformidad con los contenidos de la misma.

4. Con apoyo en la obra del tratadista italiano Eugenio Florián, el *a quo* afirma que "la relevancia de la prueba se mide según su destinación y de conformidad con su resultado hipotético". Así entonces, si de la posición omisiva del Ministerio Público se colige la aceptación de la providencia, se pregunta: ¿cuál sería la relevancia para el Proceso de un testimonio que va a exponer algo que se puede obtener por la vía del raciocinio lógico?

Dentro del término previsto en el inciso 3° del artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente adiciona argumentos que en su oportunidad se examinarán.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La solución de problemas fácticos o jurídicos que surgen dentro del Proceso, en primer lugar, debe buscarse en la ley, conforme con el principio de legalidad del Proceso que tiene carácter constitucional y rector (Const. Pol., art. 29 y C. P. P., art. 1°). Este será el punto de partida, por obvias razones de igualdad, seguridad y libertad en las decisiones, para acudir después, en segundo lugar, al auxilio de la equidad, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho (art. 230 Const. Pol.).

Pues bien, el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal dispone:

"Rechazo de las pruebas. No se admitirán las pruebas que no conducen a establecer la verdad sobre los hechos materia del Proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente, o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este Código" (se ha subrayado).

Basta la lectura de la norma para establecer que el legislador adoptó un concepto único y complejo, en el sentido de que la conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del Proceso, pero ninguna prueba será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes. Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al Proceso, no sólo es impertinente sino que también resulta inconducente, pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el Proceso como plan de ac-

ción. La conducencia sólo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (pertinencia).

Este criterio aparece reforzado en la primera parte del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, norma según la cual "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el Proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado...". Precisamente, los hechos materia del Proceso sólo son aquellos que tienen que ver con los elementos constitutivos del delito que se examina y la responsabilidad (penal y civil) de quienes han sido legalmente vinculados.

A sabiendas de que la resolución del 13 de junio de 1996 ha sido calificada provisionalmente por la Fiscalía como abiertamente ilegal, averiguar los motivos que tuvo la doctora Ruth Clemencia Zuluaga Aristizábal para dejar de impugnar dicha decisión, por un medio tan inquisitivo como sería el de su propia declaración juramentada, sería abandonar el objeto propio de este Proceso y de las respectivas pruebas, cual es el prevaricato y la responsabilidad que se atribuyen al doctor Iván Castaño Yepes, para ingresar arbitrariamente en la indagación de las supuestas responsabilidades funcionales o penales de aquella funcionaria, aspecto que no deja de insinuar el apelante, y exponerla por esa vía entonces a una autoacusación bajo la gravedad del juramento. Ahora bien, no obstante que a la declarante se le hicieran las advertencias del caso, conforme con el artículo 33 de la Constitución Política, lo cierto es que el único propósito de la ampliación del testimonio, según lo expone el recurrente, se orienta a inquirir los motivos de su silencio frente a algo que objetivamente viene calificado como manifiestamente ilegal, lo cual impone una veda desde su comienzo. Cosa distinta es averiguar móviles de una conducta, de cuya configuración puede resultar la licitud o ilicitud de la misma, en la entera libertad de una versión libre o de una indagatoria, pero, se repite, no es la mencionada profesional el sujeto pasivo de la acción penal en este caso.

Aunque suene meritorio que el actor pretenda buscar seguridades para controvertir la supuesta ilegalidad de la resolución cuestionada, obviamente en favor de su defendido, la verdad procesal tiene límites cuando el medio probatorio puede afectar jurídicamente la situación de otras personas. La verdad es que, como lo resalta el Tribunal, tales seguridades ya obedecen más a un momento de apreciación de las pruebas que al Proceso de su formación.

La prueba cuya ordenación y práctica se discute es notoriamente inconducente, en el sentido de que aunque ella sí puede dirigir la acción penal a algún resultado hipotéticamente considerado, lo cierto es que la eventualidad aparece completamente desapegada del objeto propio de este Proceso. La inadecuación es todavía más ostensible si se hace una correlación entre el momento del desarrollo procesal y la necesidad de la prueba, pues la etapa del juicio debe concretarse al debate de una acusación

específica, que tiene que ver con la responsabilidad penal del funcionario judicial y no de la agente del Ministerio Público.

Parece que al impugnante le interesa más dilucidar una eventual responsabilidad de la doctora Zuluaga Aristizábal, antes que la situación de su defendido frente a la actitud omisiva de ella, porque desde el comienzo de sus extensos memoriales le apuesta a la hipótesis de que si su asistido incurrió en el delito de prevaricato, igual imputación debería hacerse a la representante del Ministerio Público, así fuese a título de omisión, por obra del comportamiento negativo adoptado frente a la ilegalidad de la resolución. Es más, el propósito de la ampliación de sus argumentos en el traslado común, después de negada la reposición, según lo expresa, radica en que es necesario que se aclare la inferible idea de que la Personera estuvo conforme con una resolución manifiestamente contraria a la ley. "Y de ahí que para despejar esa ambigüedad sea indispensable escuchar a la distinguida profesional para que explique si fue consciente de la pretensa antijuridicidad de tal determinación y si, a pesar de tener esa consciencia sobre la ilicitud de esa decisión, la avaló no recurriéndola" (fs. 758).

Ahora bien, la imposibilidad de extender arbitrariamente el objeto concreto del Proceso y de la prueba, que es lo que implicaría aceptar el mencionado testimonio, no comporta propiciar una indefensión del procesado, porque el hecho o dato probatorio ya está dado. En efecto, la prueba documental enseña que la representante del Ministerio Público no interpuso ningún recurso en contra de la resolución del 13 de junio de 1996, y tal es el dato probatorio relevante. Lo que sigue es la valoración del medio de convicción, momento distinto al de su conformación.

Todas las pruebas ordenadas dentro de un Proceso, antes de su práctica, son potenciales, en el sentido de que pueden arrojar un resultado positivo o negativo en relación con su objeto; es decir, así como pueden contribuir a formar constancias relativas a la configuración del delito o de la responsabilidad del sujeto, también pueden llegar a desestructurarlas, pero, eso sí, una vez se hayan valorado individual y conjuntamente (art. 254 C. P. P.). Por ello, con acentuada lógica, el Estatuto Procesal Penal Colombiano señala que las pruebas "conducen a la verdad o a la certeza", es decir, siempre son medios o vehículos para llegar a ella, pero no son fines en sí mismos, porque no constituyen la verdad o la certeza sino que la propician.

De modo que basta contar con el hecho probado de que la Personera no interpuso recurso alguno en contra de la decisión cuestionada, porque la consecuencia de esa noticia será objeto de una valoración y no de la declaración de un testigo. La certidumbre o incertidumbre que genere el dato de la omisión del sujeto procesal, en relación con el delito investigado y la responsabilidad del acusado, corresponde a la apreciación individual y conjunta de las pruebas, fase completamente diversa y hasta opuesta a la

de su formación, porque ésta es conocimiento o comprobación y la primera es valoración.

Pero también hay que decir que lo "manifiestamente contrario a la ley", como elemento normativo del tipo de prevaricato por acción (art. 149 C. P.), surge directamente de una confrontación entre la determinación adoptada por el acusado y la ley, no de la declaración de un testigo. Esto no obsta para que en la elaboración del juicio concreto de exigibilidad, se pueda acudir a las explicaciones del procesado, o a las estimaciones de la doctrina y la jurisprudencia (en caso de interpretaciones), o a las distintas percepciones de los sujetos procesales, sólo que en el *sub judice* estas últimas ya están evidenciadas y resultaría superflua su reiteración, salvo que el defensor, en contravía de la naturaleza de la misión que le han confiado, pretenda desvirtuar lo que legalmente se presume para empecinarse en descubrir o sugerir una imaginada solidaridad criminal de la Personera con su defendido.

De esta manera, la solución del caso no exige el recurso a una distinción tajante entre prueba histórica y prueba crítica, porque así se trate de testimonios, indicios o presunciones, todas las pruebas son históricas en la medida en que se orientan a reconstruir un acontecimiento del pasado, bien sea porque el hecho o dato probatorio se experimente directamente ora porque lo sea de manera indirecta. Basta decir que el actor pretendía que la testigo hiciera la elaboración mental sobre algo ya existente en el Proceso (la prueba de su omisión), cuando esos serían razonamientos sobre el medio documental histórico que contiene la constancia del silencio de la agente del Ministerio Público, que como tales corresponden al momento ulterior de la valoración, y que es lo que Carnelutti denomina prueba crítica.

Se confirmará entonces la decisión impugnada.

Por lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Confirmar el auto fechado el 19 de marzo de 1998, por medio del cual el Tribunal Superior de Manizales negó la práctica de la ampliación del testimonio rendido por la doctora Ruth Clemencia Zuluaga Aristizábal.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO PROCESAL/ CASACION DISCRECIONAL

Por regla general los términos procesales se encuentran establecidos en la ley. En ocasiones, cuando su duración no está expresamente prevista, es deducible a través de operaciones lógicas sencillas. Y cuando definitivamente el legislador ha olvidado establecer uno, el funcionario judicial se encuentra autorizado para señalarlo, nunca por encima de 5 días, de acuerdo a como lo dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Penal. Si en realidad existiera la "laguna normativa" predicada por el recurrente, vale decir que la ley no establece el término para sustentar la solicitud de casación excepcional, tal sería la regla aplicable para solucionar el caso y no la curiosa interpretación que intenta para lograr que su escrito complementario sea tomado en consideración.

El recurso de casación (ordinaria y excepcional) podrá interponerse "dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia", prescribe el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. Pero según se trate de una u otra modalidad de impugnación el trámite a seguir es diferente. Frente a la casación ordinaria basta la simple interposición del recurso dentro del lapso señalado y por escrito, para que el Tribunal respectivo, una vez vencido el término para recurrir, decida si lo concede o no. Si lo hace ordena el traslado de 30 días para presentar la demanda a cada uno de los impugnantes, luego por 15 días comunes a los no recurrentes y al siguiente día, a condición de que se haya aportado el libelo, remite el Proceso a la Corte donde se determina si la demanda cumple o no con las formalidades legales, declarándola ajustada en el primer caso y rechazándola de plano en el segundo.

Técnicamente, como se ve, para la concesión de la casación ordinaria no se requiere sustentación. Basta decirle al Tribunal que se interpone, inclusive escribiéndolo a mano el sujeto procesal en el acto de notificación personal de la sentencia.

Cuando el deber de sustentación del recurso no se haya sometido a un término especial que supere el de vencimiento del plazo para recurrir, tal carga debe cumplirla el sujeto procesal dentro del término de ejecutoria del pronunciamiento judicial. El recurso de casación excepcio-

nal, entonces, debe ser interpuesto y sustentado dentro del término de ejecutoria de la sentencia, vale decir dentro de los quince días siguientes a la última notificación, como repetidamente lo ha sostenido la Sala.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., junio treinta (30) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 14356

Aprobado Acta No. 90 (25-06-98)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Juan González Petro, contra la providencia del 5 de mayo de 1998, mediante la cual la Sala no accedió a conceder el recurso de casación excepcional.

ANTECEDENTES

El procesado, en calidad de alcalde de Montería, ordenó trasladar el 7 de diciembre de 1994 de lo recaudado por sobretasa a la gasolina (cuya destinación exclusiva debía ser la financiación del plan vial para el transporte masivo urbano) la suma de $65.029.596.10, con los cuales cubrió el pago de los pensionados del municipio. Por la ocurrencia de dicho hecho se dio comienzo a la investigación penal respectiva, a instancia de la denuncia formulada por la Personería Municipal. El funcionario fue vinculado a la investigación y acusado por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, mismo cargo por el cual resultó absuelto por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Montería el 19 de noviembre de 1997. Esta determinación fue apelada por la Procuraduría y el Tribunal Superior de dicha ciudad la revocó y produjo la sentencia respecto de la cual la defensa solicitó el recurso de casación excepcional".

La impugnación se produjo dentro del término de ejecutoria del fallo y en el mismo lapso el sujeto procesal presentó un escrito de sustentación. Ya el Proceso en la Corte aportó otro y solicitó que se le tuviera en cuenta como complementario del anterior. La Corte examinó el asunto y concluyó que no era viable esta última solicitud, en vista de que el memorial se había allegado por fuera del término procesal, es decir de manera extemporánea. En tal orden de ideas, a efectos de fijar la procedencia o no de la casación excepcional, solamente fue considerada la sustentación presentada oportunamente y se concluyó que los argumentos allí consignados no alcanzaban la entidad necesaria para conceder el recurso. La Sala, entonces, resolvió en consecuencia.

El recurso

Inconforme con dicha determinación el defensor la impugnó a través del recurso de reposición y los siguientes son sus fundamentos:

1. Que un postulado básico en el marco de un Estado Social de Derecho es la prevalencia de la justicia material sobre las formas procesales y que a partir de él "...resulta inadmisible que la Corte omita la apreciación del escrito adicional presentado por el defensor del doctor González Petro, aduciendo razones que desafían las normas rectoras del Proceso penal colombiano y el espíritu que anima la Carta Política de 1991".

2. Que el "escrito adicional" fue presentado en la Secretaría de la Sala el 2 de abril de 1998, es decir en forma simultánea con el recibo del Proceso procedente de Montería. Y que allí se ofrecen las razones demostrativas de la violación del debido Proceso en las instancias y la importancia de que la Corte conozca del caso para el desarrollo de la jurisprudencia nacional.

3. Que la interpretación de la Sala, relacionada con el término dentro del cual debe interponerse y sustentarse el recurso (los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia), "...es equivocada y desconocedora de los principios fundamentales que sustentan nuestro procedimiento penal". Una cosa es, dice el recurrente, interponer el recurso y otra sustentarlo. Frente a los recursos ordinarios resulta evidente la distinción ya que se interponen, por regla general, dentro de los 3 días siguientes a la última notificación y se sustentan dentro del término del traslado, es decir, con posterioridad. Y en lo relacionado con la casación ordinaria tampoco existe problema pues se interpone dentro de los 15 días siguientes a la última notificación "y se sustenta a través de la respectiva demanda de casación, en el término de traslado de 30 días".

No sucede lo mismo, sin embargo, con la casación excepcional, agrega la defensa. Aunque el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal se refiere a la interposición del recurso, "...el tema de la sustentación no está regulado en forma expresa, surgiendo así un problema de insuficiencia, o por lo menos de oscuridad de la ley", el cual debe resolverse con apoyo en los métodos de interpretación legal, "...expresando claramente los argumentos por los cuales se considera razonable una determinada posición, y no como lo hace la Corte en el presente caso, donde se limita a manifestar que el artículo 223 del estatuto procesal resuelve el tema, sin reconocer ni siquiera el carácter controvertido del mismo".

A juicio del impugnante, en consecuencia, la interpretación normativa que conduzca a disolver esa oscuridad de la ley debe hacerse con sustento en los principios rectores consignados en los artículos 9º (prevalencia del derecho sustancial) y 22 (prevalencia de las normas rectoras) del Código de Procedimiento Penal.

"Con fundamento en estas premisas -concluye- se puede colegir lo siguiente: al no encontrarse previsto en forma expresa un término para sustentar este recurso por vía excepcional, la interpretación que guarda mayor consonancia con las normas rectoras anteriormente citadas y con la propia Carta Política, es la que permite presentar argumentos a favor del recurso hasta antes de que el expediente entre al despacho del Magistrado para adoptar la decisión respectiva".

Tal forma de resolver "la citada laguna normativa" es para la defensa la que mayor armonía guarda con la protección del derecho de defensa del procesado, constituyéndose en un punto de vista a favor de la justicia material. Y "el enfoque alternativo defendido por la Corte, según el cual después de los citados 15 días no se admite ninguna argumentación adicional, restringe en forma desproporcionada las citadas garantías judiciales". Advierte que el principio de preclusividad de los términos procesales opera frente a aquellos establecidos por la ley en forma clara y expresa; no respecto de aquellos no delimitados por la normatividad, como es el caso de término para sustentar el recurso de casación excepcional, caso en el cual "...debe manejarse el asunto con unos criterios flexibles y orientados a procurar las garantías del procesado, y específicamente de su derecho a la defensa".

Consideraciones de la Corte

El punto que discute el recurrente está referido al término dispuesto para la sustentación del recurso de casación excepcional. A su juicio la ley no lo establece y su planteamiento es que dicho plazo se extiende hasta el momento anterior a aquel en el que el expediente ingresa al despacho del Magistrado Ponente para resolver sobre su concesión, lo que de admitirse haría viable la consideración del escrito adicional de sustentación (presentado ante la Secretaría de la Sala) por parte de la Corte, que naturalmente es la pretensión última de la defensa.

Por regla general los términos procesales se encuentran establecidos en la ley. En ocasiones, cuando su duración no está expresamente prevista, es deducible a través de operaciones lógicas sencillas. Y cuando definitivamente el legislador ha olvidado establecer uno, el funcionario judicial se encuentra autorizado para señalarlo, nunca por encima de 5 días, de acuerdo a como lo dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Penal. Si en realidad existiera la "laguna normativa" predicada por el recurrente, vale decir que la ley no establece el término para sustentar la solicitud de casación excepcional, tal sería la regla aplicable para solucionar el caso y no la curiosa interpretación que intenta para lograr que su escrito complementario sea tomado en consideración.

El recurso de casación (ordinaria y excepcional) podrá interponerse "dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la senten-

cia de segunda instancia", prescribe el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. Pero según se trate de una u otra modalidad de impugnación el trámite a seguir es diferente. Frente a la casación ordinaria basta la simple interposición del recurso dentro del lapso señalado y por escrito, para que el Tribunal respectivo, una vez vencido el término para recurrir, decida si lo concede o no. Si lo hace ordena el traslado de 30 días para presentar la demanda a cada uno de los impugnantes, luego por 15 días comunes a los no recurrentes y al siguiente día, a condición de que se haya aportado el libelo, remite el Proceso a la Corte donde se determina si la demanda cumple o no con las formalidades legales, declarándola ajustada en el primer caso y rechazándola de plano en el segundo.

Técnicamente, como se ve, para la concesión de la casación ordinaria no se requiere sustentación. Basta decirle al Tribunal que se interpone, inclusive escribiéndolo a mano el sujeto procesal en el acto de notificación personal de la sentencia.

Lo que sigue es un trámite particular del recurso de casación, claramente regulado, con etapas y términos precisos dentro de los cuales los recurrentes cuentan con la oportunidad para presentar la demanda, los no recurrentes con la suya para alegar y el Tribunal con el deber de remitir el expediente a la Corte cuando el libelo ha sido aportado oportunamente o con la facultad de declarar desierto el recurso en caso contrario o cuando simplemente la demanda no haya sido presentada. Es la misma tramitación que tiene lugar cuando la Corte ha concedido el recurso de casación excepcional. En este caso, una vez la Sala acepta el recurso devuelve el expediente al Tribunal o al Juzgado y allí se surte idéntico procedimiento. (arts. 223 y 224 del C. de P.P.).

Dicha identidad del trámite entre el recurso de casación ordinaria y la excepcional es naturalmente a partir de que el recurso sea concedido. Pero antes sucede una enorme diferencia. La casación ordinaria la concede el Tribunal y la extraordinaria la Corte. En el primer caso, basta con haberla interpuesto por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia; en el segundo, es necesario haberlo interpuesto y sustentado dentro del mismo término. Y la razón de esto último es supremamente sencilla. Cuando la ley no fija un término especial para la sustentación de un recurso, debe entenderse que la oportunidad procesal para hacerlo corresponde al término de ejecutoria de la providencia judicial. Esto sucede con el recurso de reposición, cuya interposición y sustentación debe hacerse hasta cuando venza el término para recurrir. Y también con el recurso de casación excepcional. Acontece distinto, sin embargo, con el recurso ordinario de apelación cuando se interpone como único. En este caso el legislador decidió autorizar su sustentación dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término para recurrir, tal como lo dispone el artículo 196A del Código de Procedimiento Penal.

Se reitera, entonces, que cuando el deber de sustentación del recurso no se haya sometido a un término especial que supere el de vencimiento del plazo para recurrir, tal carga debe cumplirla el sujeto procesal dentro del término de ejecutoria del pronunciamiento judicial. El recurso de casación excepcional, entonces, debe ser interpuesto y sustentado dentro del término de ejecutoria de la sentencia, vale decir dentro de los quince días siguientes a la última notificación, como repetidamente lo ha sostenido la Sala. Es lógica la conclusión y resulta, por tanto, inaceptable el planteamiento de la defensa encaminado a persuadir a la Corte de que tal acto de parte puede cumplirse hasta antes de que el expediente ingrese al despacho del Magistrado Sustanciador para la adopción de la determinación pertinente.

Definido el punto, es claro -como se dijo en la providencia recurrida -que el escrito complementario que la defensa aportó cuando ya había transcurrido el término legal para impugnar la sentencia de segunda instancia, fue extemporáneo y por lo mismo no podía ser considerado. Simplemente porque la oportunidad de fundamentación había precluido y porque en tales circunstancias su admisión significaba la violación del principio de eventualidad, que sin ninguna duda hace parte integral del debido Proceso.

La invocación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo realizado por el recurrente, está fuera de lugar en el caso examinado. Si, como ya se concluyó, no era válido ni sustentar ni complementar el escrito impugnatorio por fuera del término de ejecutoria de la sentencia, admitir fundamentos aportados con posterioridad constituiría un atentado contra el principio de preclusividad, el cual, en cuanto garantía de que las etapas del Proceso se surten ordenadamente y la oportunidad de los actos de los sujetos procesales es condición para su validez, se constituye en una regla rectora del Proceso que hace parte de las formalidades propias del juicio. No se trata, entonces, de la simple sujeción a una forma vacía e intrascendental, sino del respeto a unas reglas del juego previamente acordadas y conocidas por los intervinientes en el Proceso, con apego a las cuales deben desplegar todas sus actividades como condición de validez de las mismas y cuyo desapego genera unas consecuencias que deben ser asumidas.

En el presente caso, como se dijo en la determinación recurrida, el escrito complementario presentado por la defensa fue extemporáneo y no podía en consecuencia ser considerado por la Sala. Al tiempo, el escrito de sustentación allegado en la oportunidad legal establecida se evaluó y se estimó insuficiente para conceder la impugnación, por lo que no se accedió a la petición de la defensa. Esta conclusión la ratifica la Corte y por tanto no repondrá la providencia recurrida.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

No reponer la providencia del 5 de mayo de 1998, mediante la cual la Sala no concedió el recurso de casación que por la vía excepcional solicitó el defensor del procesado Juan González Petro.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICES

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL

GACETA JUDICIAL PRIMER SEMESTRE DE 1998

INDICE ALFABETICO

A

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO-
Prevaricato 325
ACCION CIVIL-Interés para recurrir 353
ACCION DE REVISION 292, 297
ACCION DE REVISION-Extinción de la acción 699
ACCION DE REVISION-Prueba nueva 58
ACCION DE REVISION-Pruebas 14, 373
ACCION DE REVISION-Requisitos 7
ACCION DISCIPLINARIA 97
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS 273
AMENAZAS 425
ANTECEDENTES 524
ANTIJURIDICIDAD 416
AUTO INHIBITORIO 406

B

BENEFICIO ADMINISTRATIVO-Permisos carcelarios 121, 455

Pág.

C

CAMBIO DE RADICACION 52
CAPTURA 230, 275
CASACION 210, 269, 380
CASACION DISCRECIONAL 50, 83, 653, 771
CASACION DISCRECIONAL-
Oportunidad para interponerla 45
CASACION DISCRECIONAL-Requisitos 636
CASACION-Incidentes ajenos al recurso 634
CASACION-Interés para recurrir-Apelación 387
CASACION-Taxatividad -Limitación 156
CAUCION JURATORIA-Caución Prendaria-Procedencia 62
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA 703
COAUTORIA 111, 210
COLABORACION EFICAZ 150
COLISION DE COMPETENCIA 253, 425, 591
COMPETENCIA 65, 253, 584
COMPETENCIA FUNCIONAL 24
COMPETENCIA-Corte Suprema de Justicia 646
CONCURSO 233
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 230, 322, 703
CONFESION 273
CONSONANCIA ENTRE LA RESOLUCION DE
ACUSACION Y LA SENTENCIA-Su no exigibilidad legal
frente a la medida de aseguramiento 527
CONSULTA 249
COPIAS-Expedición 703
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 65
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Libertad provisional 584

Pág.

D

DEFENSA TECNICA 137, 448
DELACION 441
DELITO DE PELIGRO 416
DEMANDA DE CASACION 727
DEMANDA DE CASACION-Determinación de indicios 739
DERECHO DE DEFENSA 97, 448
DETENCION DOMICILIARIA 65, 150, 322
DETENCION PREVENTIVA-Sustitución 65
DOBLE INSTANCIA-Excepciones 249
DOCUMENTOS 672

E

ERROR DE DERECHO 337
ERROR DE HECHO 183, 337, 551, 703
ERROR DE PROHIBICION 551
EXTINCION DE LA PENA 325
EXTRADICION 19, 94
EXTRADICION-Concepto de la Corte Suprema de Justicia 393

F

FALSEDAD 233
FALSEDAD EN DOCUMENTO 416
FALSEDAD EN DOCUMENTO-Como se prueba 640
FALSO JUICIO DE CONVICCION 739
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 124, 551
FISCAL 24
FISCAL-Cambio 196
FLAGRANCIA 275
FUERO-Congresista 646

Pág.

H

HABEAS CORPUS 301

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993 86

I

IMPEDIMENTO-Interés en el proceso 618

IMPERIO DE LA LEY 406

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 626, 687

INCONGRUENCIA-Causal 2ª, Causal 3ª 380

INDAGATORIA 428

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 538

INDICIO 703

INTERROGATORIO-Preguntas técnicas 428

INVESTIGACION DE OFICIO 292

IRA E INTENSO DOLOR-Error frente a la atenuante 574

IRREGULARIDAD-Validez de la actuación 361

J

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS 273

JUSTICIA PENAL MILITAR 687

L

LIBERTAD CONDICIONAL PRIVILEGIADA 11

LIBERTAD CONDICIONAL-Requisitos factor subjetivo 344

LIBERTAD CONDICIONAL-Sanción finalmente impuesta 587

LIBERTAD PROVISIONAL 150, 273, 524, 538, 616

LIBERTAD PROVISIONAL-Homicidio simple 164

LIBERTAD PROVISIONAL-Rebelión 758

Pág.

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Cambio 634

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Su variación - Relación con la calificación del sumario 458

MINISTERIO PUBLICO 94, 387

N

NARCOTRAFICO 225

NON BIS IN IDEM 406

NOTIFICACION-Sentencia 622

NULIDAD 97, 659

P

PECULADO 233

PENA-Se tiene en cuenta la impuesta por el Tribunal 616

PERJUICIOS 653

PORTE ILEGAL DE ARMAS 221

PORTE ILEGAL DE ARMAS-Pistola-Munición 259

PREVARICATO POR ACCION 301

PRINCIPIO DE LIMITACION 68

PROCESO PENAL 45

PRUEBA 124, 406

PRUEBA-Inconducencia e impertinencia 762

PRUEBA-Oportunidad para practicarla 672

R

RECURSO 45

RECURSO DE HECHO-Sustentación 269

RECURSO ORDINARIO 68

Pág.

REDENCION DE PENA-Casos en que se concede 517

REFORMATIO IN PEJUS 166, 659

RESOLUCION DE ACUSACION 626

RESOLUCION DE ACUSACION-Intangibilidad 541

S

SANA CRITICA 166, 183, 380, 566, 727

SENTENCIA ANTICIPADA 541

SENTENCIA ANTICIPADA-Oportunidad 595

SUBROGADO PENAL 83, 703

SUJETO PROCESAL 196, 297

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA-
Grave enfermedad, experticio médico 350

T

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 86, 541

TERMINO 653

TERMINO PROCESAL 771

TERMINO-Renuncia 146

TESTIMONIO 551

TRAFICO DE MONEDA FALSA 591

V

VIGENCIA DE LA LEY Ley 40 de 1993 566

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 640

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 183, 353, 640, 727

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL

GACETA JUDICIAL PRIMER SEMESTRE DE 1998

INDICE CRONOLOGICO

Pág.

ACCION DE REVISION Requisitos

1. El artículo 234 del código de procedimiento penal señala los requisitos formales que debe contener la demanda de revisión, so pena de que sea desestimada *in limine*. El numeral 4º exige la relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición.

2. En el caso concreto el libelo no cumple el requisito previsto en el numeral citado, pues el actor no acompaña ningún elemento de juicio para demostrar la causal que invoca, simplemente solicita que se ordene la práctica de algunas pruebas a fin de comprobar los hechos básicos de la petición, lo cual resulta improcedente porque las normas procesales no imponen al juez de revisión la obligación de recopilar las probanzas que sirven de fundamento a la demanda, sino que esa labor corresponde al demandante, quien además de relacionarlas debe también aportarlas, independientemente de la trascendencia que en el decurso de la acción se les confiera, so pena de que la demanda sea rechazada. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Acción de Revisión. Fecha: 05/05/1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda y reconoce apoderado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Nasif Abdala, Abdel Jaber. Delitos: Falsedad material de particular en doc.

Pág.

púb. Destrucción de documento público. Ocultamiento de documento. Supresión de documento público. Proceso: 14192. Publicada: Sí
Véase también en - Internet 7

LIBERTAD CONDICIONAL PRIVILEGIADA. En lo que tiene que ver con la libertad condicional privilegiada a que se refiere el artículo 1° de la ley 415 de 1997 (72 A del Código Penal), si bien los delitos atribuidos a la implicada (hurto agravado y falsedad documental), no están excluidos del referido derecho, y aunque como ella y su defensor lo anotan cumple las tres quintas partes de la condena, el estudio no puede hacerse por esta vía, pues olvidan que el inciso 2 del comentado precepto señala que tal derecho se concederá "al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años", presupuesto que no se da en su caso pues, como quedó visto, en los fallos de instancia le fue impuesta pena de sólo 28 meses. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación -Libertad-. Fecha: 05/05/1998. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Peña Vargas, María Luisa. Delitos: Hurto agravado. Falsedad en documento privado. Proceso: 13902. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 11

ACCION DE REVISION-Pruebas. Por ser la acción de revisión esencialmente probatoria a través de la cual se busca minar la firmeza de la cosa juzgada, es condición ineludible para su admisión que la respectiva demanda se ajuste a las precisas exigencias del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, indicando en particular la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, debiendo aportar las pruebas demostrativas de los hechos básicos de la petición, al punto que los fundamentos y pruebas que se presenten en ella, patenticen la inocencia del condenado o su inimputabilidad, o al menos las hagan seriamente deducibles. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de Revisión. Fecha: 05/05/1998. Decisión: Reconoce apoderado e inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Hernández Candelo, Jorge. Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 14348. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 14

EXTRADICION. El artículo 17 del código penal dispone que la extradición se solicitará, concederá y ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos, y a falta de éstos se procederá conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

Pág.

Conforme a las previsiones del artículo 558 *ibidem*, el concepto deberá fundamentarse en la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Extradición. Fecha: 05/05/1998. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos. Procesado: Dubois, Sergio. Procesado: Guzmán, Alberto. Proceso: 14039. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 19

COMPETENCIA FUNCIONAL / FISCAL. El artículo 125.3 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 19 de la ley 81 de 1993, confiere a los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial la facultad de desplazar a los Fiscales Delegados ante los Juzgados del respectivo Distrito, en la investigación, calificación y acusación de los asuntos a su cargo, previa resolución motivada que así lo ordene. Igual atribución se concede al Fiscal General de la Nación y a los Fiscales Delegados ante la Corte y el Tribunal Nacional (arts. 121.2, 123.3, 124.5).

Cuando el ente acusador hace uso de esta opción, no se presenta, como equivocadamente lo plantea el censor, alteración de la competencia funcional; el desplazamiento en estos casos es del funcionario, no de sus funciones, y por ello, quien asume el conocimiento de la investigación debe hacerlo con respeto del marco de competencia propio del Fiscal desplazado.

Es por esto que la función acusatoria, de llegar a materializarse, debe cumplirse ante el Juez del Fiscal que ha sido objeto de remoción, siendo este funcionario, y no el Juez ante el cual cumple ordinariamente funciones el Fiscal que hace el desplazamiento, el llamado a conocer de la etapa del juicio.

De no ser así, habría que aceptar que a través de una resolución administrativa del Fiscal General, o de sus Fiscales Delegados ante los Tribunales, se puede modificar el sistema de competencia legalmente establecido, lo cual resulta jurídicamente insostenible, en cuanto implicaría el desconocimiento de la normatividad legal reguladora de la materia y, por contera, de la garantía constitucional del juez natural, sin contar, además, la usurpación que de la función legislativa por parte del Fiscal ello comportaría.

En este orden de ideas, se tiene que la segunda instancia no puede resultar afectada por el simple acto de reasignación del caso a un Fiscal Delegado de mayor nivel o jerarquía que el habitualmente de

Pág.

conocimiento, siendo, por tanto, ante el funcionario que debería conocer de la impugnación si el desplazamiento no se hubiera presentado, ante quien debe surtirse el recurso. Propuesta en sentido distinto no es posible en el régimen vigente y ha de tenerse como de *lege ferenda*.

Se exceptúa la hipótesis de desplazamiento por parte del Fiscal General de la Nación, en cuanto que sus decisiones no admiten recurso distinto del de reposición (art.121.2, modificado por el 17 de la ley 81 de 1993), lo cual resulta explicable si se da en considerar que es el representante y director supremo del ente acusador, razón por la cual los Fiscales ante la Corte, los Tribunales y los Juzgados, son sus Delegados; luego mal podrían éstos entrar a revisar la legalidad de sus providencias, en una manifiesta inversión de la operancia del recurso de alzada. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 05/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Recurrente: Rosero Bermúdez, Héctor Fabio. Recurrente: Tapasco González, Francisco Fernley. Delitos: Homicidio. Encubrimiento. Proceso: 10365. Publicada: Sí. Aclaración de voto Dr. Ricardo Calvete Rangel.

Véase también en - Internet 24

PROCESO PENAL/ RECURSO/ CASACION DISCRECIONAL.-Oportunidad para interponerla. El proceso en general y el penal en particular sería inconcebible sin orden, sin etapas delimitadas, sin una estructura clara que demarque qué puede hacer el funcionario judicial, qué las partes y en qué momentos. Se trata del denominado principio de oportunidad, de eventualidad o de preclusividad, cuya importancia, aparte de la ya señalada de distribuir organizadamente la actividad de los sujetos del proceso, radica en constituirse en condición de validez de sus actos.

En materia de recursos el principio tiene plena operancia. Existe una oportunidad para proponerlos y sustentarlos, y por fuera de ella una y otra actividad carecen de valor, como también aquella dirigida a suplir una fundamentación deficiente.

La oportunidad procesal para solicitar la casación excepcional es el término de ejecutoria de la sentencia. Vale decir, dentro de los 15 días siguientes a la última notificación, mismo lapso con el cual cuentan los sujetos procesales autorizados para interponerlo para ofrecerle a la Corte las razones de hecho y de derecho demostrativas de la necesidad del conocimiento del caso para el desarrollo de la jurisprudencia nacional, bien para darle una nueva orientación o

Pág.

para unificarla; o para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Si dicha era la oportunidad con la cual contaba el defensor para solicitar el recurso y fundamentarlo debidamente, el escrito complementario que allegó es extemporáneo y por lo tanto no puede tomarse en cuenta para ningún efecto. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación Discrecional. Fecha: 05/05/1998. Decisión: No concede el recurso de casación por vía excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Procesado: González Petro, Juan. Delitos: Peculado por aplicación diferente. Proceso: 14356. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 45

CASACION DISCRECIONAL. La concesión del recurso de casación previsto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., es, como lo expresa la norma, de exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia, porque su procedibilidad depende del criterio de esta Corporación sobre la necesidad de "desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" aducida por el peticionario en su solicitud de aceptación del recurso con respaldo en el contenido procesal y la respectiva normatividad, condición que implica que, a diferencia del recurso tradicional consagrado en el primer inciso de la misma disposición legal, se trata de una impugnación de excepcional ingreso al tracto procesal, autorizado de expresa manera por la Corte. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 05/05/1998. Decisión: Declara nulidad de lo actuado en relación con el recurso de casación. Procedencia: Juzgado 4º Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Iglesias Martínez, Manuel Antonio. Delitos: Abuso de confianza. Proceso: 14357. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 50

CAMBIO DE RADICACION. Por constituir el cambio de radicación una excepción a las preceptivas que fijan la competencia para el juzgamiento por el factor territorial, debe ser exigente tanto respecto de la taxatividad de los motivos que lo suscitan, como en relación con su acreditación en cada caso concreto, según carga que de manera expresa fija el legislador en cabeza del solicitante (artículos 83 y 85 C. de P. P.). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Cambio de Radicación. Fecha: 05/05/1998. Decisión: Deniega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado 5º Penal del Circuito. Ciudad: Santa Marta. Procesado: Nieves Anchique, Omar. Proceso: 14275. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 52

Pág.

ACCION DE REVISION-Prueba nueva. El surgimiento de prueba nueva con miras a la revisión de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone en esa prueba la eficacia, o por lo menos la fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo condenatorio que resolvió el proceso, para demostrar, según el caso concreto, la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad al momento de delinquir. Trátase pues, de prueba que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer a lo largo de los debates, sea que se refiera a un hecho por entonces desconocido, o bien, que se concrete en algún desconocido aspecto esencial de un hecho procesalmente conocido. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Acción de Revisión. Fecha: 05/05/1998. Decisión: Rechaza in límine la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Procesado: Suica Ruiz, Francisco. Delitos: Homicidio. Proceso: 14299. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 58

CAUCION JURATORIA-Caución Prendaria-Procedencia. Se ha dicho reiteradamente por esta Sala, que la caución juratoria solo procede, cuando a juicio del funcionario el procesado carezca de recursos económicos, es decir, que se halle acreditada en autos su "absoluta insolvencia". La prendaria, en cambio, debe ser fijada teniendo en cuenta no solamente las condiciones económicas del acusado, sino también la gravedad del hecho imputado. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación -Libertad-. Fecha: 06/05/1998. Decisión: Niega sustitución de caución prendaria, niega libertad provisional. Procesado: Carrillo, José Leonardo. Recurrente: Carrillo, Marco Aurelio. No Recurrente: Córdoba Carrillo, Guillermo. Recurrente: Torres Velandia, Jorge Armando. Proceso: 10417. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 62

DETENCION PREVENTIVA-Sustitución/ DETENCION DOMICILIARIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA. El artículo 53 de la ley 81 de 1993 establece competencia en el funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del C. de P. P., "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se atribuye bajo el supuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte

Pág.

solo tiene en los casos de única instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido proceso. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación -Libertad-; Fecha: 06/05/1998. Decisión: Niega libertad y se abstiene de emitir pronunciamiento sobre detención domiciliaria. Procesado: Hernández De Rueda, Ofelia. Proceso: 11193. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 65

RECURSO ORDINARIO / PRINCIPIO DE LIMITACION. 1. El principio de limitación que rige este recurso ordinario (art. 217 del C. de P.P.), establece que el Juez de segundo grado, en este caso la Corte, sólo adquiere competencia para revisar los aspectos impugnados del fallo, y prohíbe, igualmente, agravar la situación del procesado en cuyo favor se recurre.

2. Que el defensor sea partidario de que su cliente deba ser separado definitivamente del servicio de la judicatura por su desempeño irresponsable en el ejercicio del cargo, es cuestión que escapa a los fines del recurso propuesto, aunque ha de dejar constancia la Sala que en verdad la laxitud con que obró el Tribunal para decretar la suspensión integral de la sentencia, hace manifiesto el desconocimiento del artículo 69 del Código Penal, en cuanto otorga a los juzgadores la facultad de "exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes". Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 06/05/1998. Decisión: Confirma sentencia condenatoria, compulsa copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Procesado: Arango Medina. Diego. Delitos: Prolongación ilícita de la libertad. Proceso: 12596. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 68

SUBROGADO PENAL/ CASACION DISCRECIONAL. En el caso presente es ostensible que el censor no aduce exactamente la transgresión de un derecho fundamental, pues para hacerlo no basta con mencionar tan solo una garantía superior, como en este caso se hace respecto del derecho de igualdad, sino que se precisa de dicha invocación que guarde relación con la materia que se examina, lo que dista de obedecer la necesidad de dar una sustentación clara y precisa, porque tratándose de la viabilidad de un subrogado en el que median consideraciones tan particulares como la personalidad del procesado, la naturaleza del hecho y sus modalidades, en punto de saber si el acusado requiere o no de tratamiento penitenciario.

Pág.

resulta imposible sentar por vía de doctrina unos factores rígidos y de aplicación universal, que ni siquiera obligarían al juez, regido como está por los solos límites de la ley.

Añádese a lo anterior que es el propio censor quien pone de manifiesto con los ejemplos que consigna en cita, cómo unos casos difieren de otros, lo que hace impropia su pretensión de que se fijen reglas judiciales que en alguna medida vendrían a chocar con la norma base, que es, precisamente, la que impide, por atender a factores variantes, el señalamiento de reglas invariables. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda . Casación Discrecional. Fecha: 06/05/1998. Decisión: Inadmite el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Procesado: Rendón Rondón, Gerardo Alfonso. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 14274. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 83

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ HOMICIDIO-Ley 40 de 1993. 1. El 19 de noviembre de 1.993, cuando el anterior defensor hizo la referida petición de terminación anticipada del proceso, ya se encontraba en vigencia la Ley 81 del mismo año, modificatoria en sus artículos 3o y 4o, del 37 del Decreto 2.700 de 1.991 en cuanto a la oportunidad procesal para su solicitud, pues mientras que con éste podía presentarse desde que se profiriera la resolución de apertura de la investigación hasta antes de fijarse fecha para la celebración de la audiencia pública, en la Ley 81 no solo se crearon dos figuras al respecto, esto es, la sentencia anticipada y la audiencia especial, sino que para la primera de ellas, se limitó su oportunidad a la etapa instructiva, entre la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica y el cierre de la investigación y en el juzgamiento, desde la ejecutoria de la acusación hasta antes de fijarse fecha para el debate público, caso en el cual la diligencia versaría sobre los cargos formulados en el pliego acusatorio.

2. Lo relacionado con la tesis del casacionista en el sentido de que la aplicación de la ley 40 de 1.993 solo procede para los delito de homicidio conexos con el de secuestro, es tema que ha debido plantear al amparo de la causal primera de casación, por motivo de violación directa de la ley en cuanto indebida aplicación de las normas pertinentes del estatuto antisecuestro y falta de aplicación de las disposiciones originales del Decreto 100 de 1.980, dicha discusión ya ha sido ampliamente superada por la jurisprudencia de la Sala, en tanto que es claro que el mencionado estatuto no generó un paralelismo normativo por cuanto fue expreso el legislador en introducir modifi-

Pág.

ciones punitivas a los artículos 323 y 324 del C.P., cuya tipicidad continúa siendo autónoma, como se ha expuesto, entre otros, en los fallos de noviembre 21 de 1.995, julio 25 y noviembre 5 de 1.996, junio 17, julio 13, septiembre 25, octubre 22, noviembre 5 y diciembre 9 de 1.997 y últimamente en los de enero 21 y febrero 4 del presente año. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote

Sentencia Casación. Fecha: 06/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrente: Celis Moreno, José Esteban. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 10338. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 86

EXTRADICION/ MINISTERIO PUBLICO. De conformidad con el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, el traslado para pedir pruebas durante el proceso de extradición, tiene por destinatario a la persona requerida o su defensor. Con la entrada en vigencia de la Ley 201 de 1995, que en su artículo 87 literal d) asigna al Ministerio Público la función de "intervenir en el trámite de extradición ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia", debe entenderse que ese traslado comprende también al Procurador Delegado.

Si bien la citada disposición no precisa el momento a partir del cual dicha intervención puede presentarse, una interpretación sistemática permite arribar a la conclusión que ella ha de darse a lo largo de la actuación que se surta ante esta Corporación, incluyendo, por supuesto, el término legal de traslado para pedir pruebas.

Con esta postura aclara la Sala expresamente el punto, y retoma el planteamiento que en el mismo sentido fuera expuesto desde el doce de julio de mil novecientos noventa con ponencia del Magistrado Doctor Páez Velandia, según el cual, en tratándose del proceso de extradición, "nada más lógico y necesario que el Ministerio Público "sirva a la justicia" colaborando con ella en la forma más obvia posible cual es, pidiendo pruebas y controvirtiendo las que aduzcan los interesados...", criterio que mantiene plena vigencia de cara a la nueva realidad jurídica que gobierna el país a partir de la Constitución de 1991, incluida la reforma al tema recientemente introducida. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Extradición. Fecha: 06/05/1998. Decisión: No acepta la renuncia al trámite, súrtase traslado. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos. Procesado: Milanes, Jácome Tomás. Proceso: 14007. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 94

Pág.

DERECHO DE DEFENSA/ NULIDAD/ ACCION DISCIPLINARIA. El hecho de que un nuevo abogado tenga una óptica distinta sobre la forma como a su juicio se ha debido enfocar la estrategia defensiva, no es de por sí significativo de que hubo violación del derecho a la defensa, pues como es lógico, cada profesional cumple su misión de acuerdo al criterio que se forme sobre el asunto.

Es ilógico buscar que se anule un proceso que ya tiene sentencia de segunda instancia, simplemente para que se regrese a una etapa en que sea posible otorgar libertad provisional al acriminado, pues si bien ese es un derecho del cual puede gozar en un momento procesal dado, superado el mismo ya no es viable insistir en su concesión.

Desde luego que el hecho de que no genere nulidad no significa que el funcionario no deba responder disciplinaria y/o penalmente cuando ha obrado de manera arbitraria. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 06/05/1998. Decisión: Casa parcialmente, impone pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: Fernández Casas, Pablo César. No Recurrente: Posada Fernández, Juan Carlos. Procesado: Bedoya Blandón, Gabriel Angel. Delitos: Tentativa de extorsión. Proceso: 9426. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 97

COAUTORIA. En tratándose de la participación criminal se parte del supuesto que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan integralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan.

Frente a ese panorama no resulta indispensable que cada interviniente realice totalmente el hecho, como tampoco se puede responsabilizar a cada partícipe por la fracción del hecho realizada, tal como lo sugiere el libelista, porque la figura en estudio no tendría ninguna razón de ser. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 06/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Roure Cancelado, Milton. Recurrente: Malagón Cancelado, Franklin Neysser. Recurrente: Laudelino Cancelado, Francisco. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas, Homicidio agravado. Proceso: 9890. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 111

Pág.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO-Permisos carcelarios. El beneficio administrativo de permiso hasta 72 horas previsto en el artículo 147 de la ley 65 de 1993, estaba establecido sólo a favor de condenados, situación que no se da en el presente asunto, en razón a que la sentencia aún no se encuentra en firme, por estar cursando el recurso extraordinario de casación.

El Gobierno Nacional con fecha 12 de junio de 1997, expidió el decreto 1542, publicado en el diario oficial No. 43.061 de los mismos, "Por el cual se dictan medidas en desarrollo de la ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", y en el artículo 5° establece que "Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, *o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente*, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados" (cursivas fuera de texto).

Es entendido entonces que el citado beneficio administrativo podrá ser concedido por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, también en favor de quienes se hallen condenados en instancias, sin que la sentencia respectiva se encuentre en firme, desde luego que sólo en los casos en que se cumplan las condiciones previstas en dicho artículo 147 de la ley 65 de 1993.

Una de ellas consiste en que el peticionario se halle en "fase de mediana seguridad", que según el inciso 3° del artículo 5° del decreto 1542 ya mencionado, se entiende cuando el recluso *haya superado la tercera parte de la pena impuesta y "observado buena conducta* de conformidad con el concepto que al respecto rinda el Consejo de Evaluación". Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 06/05/1998. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena por trabajo. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Conde, Jorge Hebert. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 12783. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 121

PRUEBA/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. Una cosa es cercenar o incrementar materialmente el contenido de la prueba y, conforme con esa distorsión inicial, derivarle una significación que le es extraña; pero algo diferente es tomar el medio probatorio en toda su entidad fáctica mas no valorarlo racionalmente o suponer una conclusión probatoria con un fundamento empírico, lógico o científico como mero pretexto o que en realidad no emerge del material probatorio. En palabras de ejemplo, la primera modalidad se refiere al caso en

Pág.

que el juez afirma en la sentencia que el testigo X asevera que vio al sindicado en el lugar de los hechos, cuando aquél apenas informa que le parece haber visto una persona de rasgos similares; o si el mismo deponente sostiene que, inmediatamente después de los hechos, el procesado corría y fue sorprendido con un revólver en la mano, pero el funcionario judicial expresa en la sentencia que el testimoniante dijo que vio simplemente cuando el imputado caminaba rápido y que otro individuo era el que corría con un arma en la mano. La segunda modalidad del falso juicio de identidad surge cuando, en el primer caso, el juez declara que, en virtud de las palabras no controvertidas de X, sin duda el autor del homicidio fue el sindicado, pero ha prescindido de cualquier examen empírico y lógico de las condiciones en que percibió el testigo; se le olvida la consideración del momento declarativo de la prueba; omite la confrontación con otras pruebas que dicen lo contrario; soslaya razonamientos sobre la fiabilidad subjetiva del testigo, puesta en entredicho por su anterior enemistad con el sindicado; todo lo cual indica que en esa conclusión imperó la arbitrariedad y el juez abandonó completamente el método de la sana crítica de las pruebas.

Cada vez que se esgriman juicios de valor para sustentar la confiabilidad de las pruebas, sin duda podrán sobreponerse otros elementos que la imaginación o la realidad muestran como igualmente plausibles; pero, como lo que se busca en sede de casación es proteger la legalidad sustancial y formal de las sentencias, y no de propiciar una cadena interminable de valoraciones que en esa mera calidad procuran el predominio, es indispensable evidenciar la irracionalidad de lo que hizo el juez en materia probatoria. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 06/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Recurrente: Ochoa Estrada, Félix Ramon. Delitos: Homicidio. Proceso: 10949. Publicada: Sí.

Véase también en · Internet 124

DEFENSA TECNICA. La indagatoria de (...) fue recibida por la Fiscalía la madrugada del 27 de julio de 1993, asistido por una persona de reconocida honorabilidad, en vigencia del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal.

Como lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Estatuto de la Administración de Justicia) y ha venido señalando la Sala, entre otras providencias en la citada en el concepto de la Procuraduría Delegada y en la de fecha 25 de julio de 1996, ponente quien ahora realiza igual función, la sentencia de la Corte Constitucional C-049

Pág.

del 8 de febrero de 1996 (M. P. doctor Fabio Morón Díaz), que declaró la inexequibilidad del inciso mencionado, sólo produce efectos hacia el futuro, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de la facultad claramente conferida por el expreso precepto legal vigente en el momento de su realización. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 06/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Procesado: Montoya Moyano, Jorge. Delitos: Lesiones personales, Homicidio, Acceso carnal abusivo. Proceso: 11053. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 137

TERMINO-Renuncia. Aunque la legislación procesal penal parece tolerar la intervención alternativa del solicitado y su defensor, lo cierto es que, como ocurre de ordinario en todo rito judicial, se trata de dos sujetos procesales diferenciados y, generalmente, los términos comunes deberán renunciarse conjuntamente para no abreviar la tramitación a petición de uno y de espaldas al otro. Pero, de pronto, la dificultad de una renuncia unilateral del requerido podría obviarse por esa sugerida alternatividad que consagra la ley, máxime que se supone que todo se hace en su interés.

Sin embargo, como ha observado la Sala en oportunidades anteriores, en este trámite también tiene la facultad de intervención el Ministerio Público, tal como lo prevé el artículo 87, literal d) de la Ley 201 de 1995 -Orgánica de la Procuraduría General de la Nación-, como desarrollo claro del artículo 277-7 de la Constitución Política, razón por la cual no pueden admitirse deserciones solitarias a términos que son comunes.

En efecto, en decisión del 6 de mayo pasado, cuya ponencia correspondió al magistrado Fernando Arboleda Ripoll, se dijo lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, el traslado para pedir pruebas durante el proceso de extradición, tiene por destinatario a la persona requerida o su defensor. Con la entrada en vigencia de la Ley 201 de 1995, que en su artículo 87 literal d) asigna al Ministerio Público la función de 'intervenir en el trámite de extradición ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia', debe entenderse que ese traslado comprende también al Procurador Delegado.

"Si bien la citada disposición no precisa el momento a partir del cual dicha intervención puede presentarse, una interpretación sistemática permite arribar a la conclusión que ella ha de darse a lo largo de la actuación que se surta ante esta Corporación, incluyendo, por supuesto, el término legal de traslado para pedir pruebas.

Pág.

"Con esta postura aclara la Sala expresamente el punto, y retoma el planteamiento que en el mismo sentido fuera expuesto desde el doce de julio de mil novecientos noventa con ponencia del Magistrado Doctor Páez Velandia, según el cual, en tratándose del proceso de extradición, 'nada más lógico y necesario que el Ministerio Público sirva a la justicia colaborando con ella en la forma más obvia posible cual es, pidiendo pruebas y controvirtiendo las que aduzcan los interesados...', criterio que mantiene plena vigencia de cara a la nueva realidad que gobierna el país a partir de la Constitución de 1991, incluida la reforma al tema recientemente introducida.

"Tomando en cuenta, entonces, que en el trámite de extradición ante la Corte participan no solamente el requerido y su defensor sino el sujeto procesal que viene de referirse, ha de concluir la Sala que la renuncia al rito legalmente establecido, presentada por el señoR Jácome Tomas Milanes, resulta inane por no surtir ningún efecto jurídico dentro de la actuación, siendo, por ende, llamada a su rechazo toda vez que de aceptarse el planteamiento propuesto, no solo conllevaría que el requerido en extradición, desde el punto de vista del interés particular, conserve la posibilidad de llevar a cabo las gestiones que considere pertinentes a su defensa, sino, además, detrimento del debido proceso pues se estaría desconociendo la facultad de intervención del Ministerio Público, garantía fundamental ésta que, a la luz de la normativa constitucional vigente, es indisponible e irrenunciable".

En consecuencia, se rechazará el pedido de renuncia al término indicado y se ordenará su cumplimiento. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Extradición. Fecha: 12/05/1998. Decisión: Declara Improcedente la renuncia al término de reposición de pruebas. Procesado: Rojo Saiz Rafael. Proceso: 14237. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 146

LIBERTAD PROVISIONAL/ DETENCION DOMICILIARIA/ COLABORACION EFICAZ. De conformidad con el citado artículo 369D (adicionado por el art. 47 de la Ley 81 de 1993), varias son las hipótesis a diferenciar acerca de la oportunidad y las consecuencias que para la libertad del procesado y ejecución de la sentencia acarrea la celebración y aprobación de acuerdos de beneficios por colaboración eficaz con la Administración de Justicia; razón por la que se estima oportuno hacer las siguientes precisiones, complementarias al criterio ya expuesto:

1. Si el acuerdo se realiza en la etapa de juzgamiento anterior a haberse dictado la respectiva sentencia, y se aprueba por el juez de

conocimiento la concesión de la libertad provisional o la detención domiciliaria como beneficios autónomos, acordados entre el procesado y la Fiscalía como contraprestación a la contribución prestada a la eficacia de la Administración de Justicia, como lo prevé el inciso primero de la citada norma, "Reconocido el beneficio en los casos de libertad provisional y detención domiciliaria, *el juez lo concederá inmediatamente*" (destacó la Sala).

Si lo pactado y aprobado es la concesión de beneficios diferentes, cuyo reconocimiento sólo podría hacerse efectivo en el fallo de condena -como rebaja de pena, condena de ejecución condicional, exclusión o concesión de causales específicas de agravación o atenuación punitiva respectivamente, sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social, aumento de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza, etc.-, el mismo inciso primero de la norma en cita establece: "Tratándose de otros beneficios, el juez los concederá en la sentencia condenatoria cuando hubiere lugar a ella".

2. Refiriéndose al acuerdo celebrado y aprobado "con posterioridad al juzgamiento", entendiendo por tal momento el que surge a partir de la ejecutoria de la sentencia, el inciso segundo del artículo 369D en forma clara asigna la competencia para pronunciarse sobre la legalidad del convenio al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad: "Si la colaboración se realiza con posterioridad al juzgamiento, el juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, a solicitud de la Fiscalía podrá conceder el subrogado...".

3. No existe regulación expresa sobre la aplicación de la figura en comento cuando su proposición, trámite y aprobación se presenten con posterioridad al proferimiento de la sentencia de segundo grado, habiendo culminado el trámite propio de las instancias, esto es, mientras se surte el recurso extraordinario de casación.

En esta hipótesis, como ha quedado precisado a la luz de una interpretación sistemática de la norma analizada, acorde con la limitada competencia de la Corporación en sede de recurso extraordinario, y la necesidad de preservar el derecho a la doble instancia respecto del proveído que imprueba el acuerdo, la facultad de pronunciarse sobre la legalidad del trámite de beneficios por colaboración eficaz corresponde al juzgador de primera instancia, quien sopesará la eficacia de la colaboración, sobre el cuaderno de copias, pues de conformidad con el artículo 159 ejusdem, "El secretario está obligado a mantener debidamente separados y foliados los cuadernos del proceso y en ningún momento se remitirán conjuntamente".

Lo anterior por cuanto la Corte -cuya actuación en el presente asunto corresponde a la de tribunal de casación-, no adquiere el carácter de juez de instancia por el hecho de que el procesado con quien se

Pág.

suscribió el acuerdo se halle privado de la libertad en razón a la sentencia cuya legalidad se controvierte por vía extraordinaria.

Si entre los beneficios acordados se halla la concesión de la libertad provisional, o si la disminución de pena concedida por la colaboración eficaz deviene en el cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta o de la fracción exigida por los artículos 72 y 72A del Código Penal para otorgar la libertad provisional de conformidad con el artículo 415.2° del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993), una vez aprobado el acuerdo por el juez de instancia, mediante providencia debidamente ejecutoriada, deberá remitir oportunamente a la Corte Suprema de Justicia la actuación respectiva para que esta Corporación adopte la decisión que corresponda.

En los demás casos, sólo por vía del recurso de casación, la Sala podría considerar el acuerdo de beneficios por colaboración eficaz con la justicia -cuya aprobación, se reitera, en todo caso debe efectuarse por el juzgador de instancia-, siempre y cuando los términos y condiciones del mismo tengan repercusiones en el trámite y decisión del recurso extraordinario, o cuando la ilegalidad de la sentencia condenatoria de segundo grado se atribuya a dicho procedimiento, dependiendo de los cargos formulados en la demanda respectiva. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 12/05/1998. Decisión: Se abstiene de considerar la legalidad del acuerdo de beneficios por colaboración. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Procesado: Bonilla Esquivel, Jaime. Procesado: Barrera Caicedo, Cesar Augusto. Procesado: Carrillo Peña, Juan Carlos. No Recurrente: Echeverry López, Héctor Ociel. No Recurrente: Vásquez Agudelo, Luis Ernesto. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 13195. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 150

CASACION-Taxatividad -Limitación. El recurso de casación es extraordinario porque sólo procede cuando ya existe una definición fáctica y jurídica consagrada en una sentencia, que por ser la culminación de todo un proceso, está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. Por lo tanto, la finalidad de esta impugnación es la contradicción de esos presupuestos, pero no en forma caprichosa, sino al tenor de los motivos señalados por la ley, esto es, de las causales relacionadas en el artículo 220 del estatuto procesal penal.

Por lo demás, al Tribunal de Casación no le es permitido efectuar una revisión integral de la actuación. Su atribución y deber radica en verificar si los aspectos que constituyen el fundamento de la demanda ponen de manifiesto la violación a la ley, caso en el cual le compete romper la sentencia para adoptar la decisión que sea in-

Pág.

dispensable para restaurar la legalidad, pero todo dentro del marco de acción trazado por el impugnante.

En consecuencia, una demanda de casación no se puede asimilar a los alegatos de las instancias, pues en éstas aún nada se ha definido, por lo cual, entre otras cosas, se pueden proponer hipótesis, procedimiento inadmisible en casación, donde sólo es posible enunciar y demostrar los errores trascendentes, cometidos en el juicio o en el procedimiento, debiendo el Tribunal de Casación sujetarse a lo propuesto, salvo la violación de garantías fundamentales. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 13/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Recurrente: Cuarín Garzón, Evello De Jesús. Delitos: Lesiones personales culposas. Homicidio culposo. Proceso: 10105. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 156

LIBERTAD PROVISIONAL-Homicidio simple. En anteriores oportunidades, la Corte ha precisado que durante el trámite del recurso extraordinario de casación, la libertad provisional solamente procede con fundamento en la causal prevista en el artículo 415 numeral 2º del Código de Procedimiento Penal.

Dicha norma establece que el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria, cuando lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

Por su parte, el artículo 72A del Código Penal, disposición aplicable en el presente evento por cuanto el sindicado fue sentenciado por el delito de homicidio simple, dispone que el Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación -Libertad-. Fecha: 13/05/1998. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Toro López, Francisco, Luis. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 11043. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 164

SANA CRITICA/ *REFORMATIO IN PEJUS* 1. Con base en meras suposiciones no pueden levantarse alternativas plausibles al riguroso examen racional de la prueba que hace el fallador, pues, de otra manera, bastaría al actor imaginar todas las hipótesis causales del acon-

tecimiento histórico, en oposición a la que con probabilidad acreditada lo explica, para lograr de este modo tan subjetivo desestabilizar el juicio y propiciar un nuevo examen probatorio donde no existen protuberantes errores de hecho o de derecho. No son las hipótesis subjetivamente lanzadas por el recurrente las que derrumban lo que está acreditado debidamente en la sentencia; será necesario esgrimir hipótesis empíricamente alternativas cuyo predominio sobre las primeras sea ostensible porque demuestran fácilmente cuán equivocadas son.

2. La prohibición de adjudicar una pena más grave, en cuanto a especie y cantidad, cuando la sentencia ha sido recurrida solamente por el procesado o a su favor, dentro de un Estado de derecho sólo puede funcionar si el juez revisador acata su imperativo y función básica de respetar la legalidad de la pena en los límites explicitados por el legislador. Esto por cuanto, si bien la prohibición de reformatio in pejus es una manifestación lógica del principio acusatorio, no puede olvidarse que constitucionalmente el proceso penal colombiano quedó diseñado con esa tendencia mas no fue decisivamente definido como tal, pues, si se observa el mismo artículo 31 fundamental, allí se conservó la posibilidad de la consulta de las sentencias judiciales y también se previó institucionalmente, ya en el artículo 228 idem, un deber de los funcionarios judiciales consistente en hacer prevalecer el derecho sustancial en sus actuaciones (la legalidad de la pena lo es), rasgos estos que son inquisitivos y se establecen en favor no sólo del individuo penalmente perseguido sino también de la sociedad y el Estado de derecho.

Sin embargo, es necesario aclarar que el respeto a la legalidad penal se impone como medida de la reserva legislativa, es decir, cuando el juez arbitrariamente tienda a sustituir al legislador, mas no en aquellos aspectos en los que el mismo titular de la producción legislativa habilita al funcionario para hacer valoraciones o ejercer una discrecionalidad judicial. Es lo que ocurre con el sistema de regulación de la pena, que en nuestro ordenamiento jurídico se previó como una determinación legal relativa, pues la ley señala unos márgenes insuperables, marcados por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el juez puede adecuar la pena a las concretas circunstancias del hecho y el autor.

Sólo se entiende violada la legalidad cuando se restringen o desbordan los límites máximo y mínimo establecidos en cada tipo legal (por debajo del mínimo o por encima del máximo legal). Nótese que el artículo 26 del Código Penal, que regula la pena aplicable en caso de concurso delictivo, prevé que la sanción más grave se aumentará "hasta en otro tanto", margen amplio de discrecionalidad que el juez

Pág.

de primera instancia cubrió con ocho (8) meses, pero que para el Tribunal debía llenarse con un incremento de doce (12) meses.

Aunque ese espacio de discrecionalidad está reglado en el artículo 61 del Código Penal, este precepto contiene pautas pero no cifras exactas, razón por la cual, aún así, persiste un arbitrio o paréntesis de valoración que podrían declarar cumplido tanto el juez como el Tribunal, pues ambos funcionarios judiciales justifican la cuantía del incremento punitivo en ese poder de selección basado en distintas pero plausibles percepciones de la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente y el número de hechos punibles concurrentes.

La revisión de valoraciones, algo que está más allá de cantidades fijas o de límites máximos y mínimos establecidos por el legislador, comporta una violación del principio de independencia y autonomía judicial (art. 230 Const. Pol.), pues esta clase de incidencias están proscritas en el examen funcional de las sentencias condenatorias, siempre que el acusado sea recurrente único u otro sujeto procesal impugne en su favor. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 13/05/1998. Decisión: Desestima los cargos, casa parcial y de oficio, modifica numeral 1º de la parte resolutiva sólo para fijar la pena, concede condena de ejecución condicional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Gonzaáez Camayo, Giovanny. No Recurrente: Blanco, Juan Manuel. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 11000. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 166

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE HECHO/ SANA CRITICA. Una vez más debe la Corte precisar que cuando se plantea en sede extraordinaria violación indirecta de una norma de derecho sustancial por errores de hecho en la apreciación de las pruebas, se impone para el demandante la obligación de concretar la naturaleza del vicio, puesto que esta clase de yerro puede llegar a presentarse por omisión o suposición del medio, por distorsión de su expresión material, o por desconocimiento de los postulados de la sana crítica en la valoración de su mérito.

Reiteradas han sido las decisiones de la Corte donde ha sostenido que el error de hecho originado en la apreciación judicial del mérito de las pruebas, capaz de conmover los cimientos fáctico jurídicos de la sentencia, surge de la comprobada y grotesca contradicción entre la valoración realizada por los falladores de instancia y las reglas de la sana crítica, no de la disparidad que pueda llegar a presentarse entre la estimación judicial y la pretendida por el impugnante.

Pág.

Por eso, cuando se propone esta clase de error en sede de casación, resulta imprescindible demostrar que la valoración realizada por los funcionarios judiciales transgrede abiertamente los postulados de la experiencia, la lógica, o la ciencia, y que esta forma de justipreciar el mérito de la prueba condujo a una sentencia ilegal.

Los enunciados generales sobre la precariedad persuasiva de los elementos de juicio que sirvieron de sustrato al fallo recurrido, y la pretendida solvencia demostrativa de los que no lo fueron, no constituyen en criterio jurisprudencial fundamento válido para sustentar el recurso extraordinario, como no pueden serlo tampoco los cuestionamientos por supuestos atentados a una lógica manejada con criterio personal. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 13/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrente: Contreras, Luis Antonio. No Recurrente: Ospina Sánchez, María Damaris. Delitos: Fraude procesal, Tentativa de estafa. Proceso: 10813. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 183

FISCAL-Cambio/ SUJETO PROCESAL. La determinación administrativa de cambiar el fiscal que venía actuando se tomó por la autoridad competente, y aunque es una facultad interna de la Fiscalía no controvertible por los sujetos procesales, sí a alguno le parecía que la motivación era insuficiente, o que tenía alguna observación al respecto, ha debido decirlo en ese momento, pues la actuación cumplida por el fiscal es válida mientras la resolución se mantenga vigente, de tal manera que carecería de objeto entrar en este momento a analizar sus formalidades.

Desatinado resulta exigir -como lo hace el actor- una orden expresa del Juzgado del Circuito al momento de avocar el conocimiento, o en el curso de la actuación posterior, en la que se reconociera a la Fiscalía 31 Delegada como sujeto procesal, pues como se acaba de ver en la norma transcrita, esa calidad se la otorga la ley al fiscal que viene actuando en el sumario y no necesita de reconocimiento expreso por parte del juez. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 13/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Cocoma Gutiérrez, Ariel. Recurrente: Cocoma Gutiérrez, Jairo. Recurrente: Cocoma Gutiérrez, Alonso. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10280 Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 196

CASACION/ COAUTORIA. 1. Recuérdese que el recurso de casación es el medio de impugnación que permite demostrar la ilegalidad de la

Pág.

sentencia por uno cualquiera de los motivos consagrados en la ley, mediante argumentos técnico- jurídicos orientados a la corrección del fallo y no, como ocurre en este caso, el mecanismo mediante el cual se pueda cuestionar el análisis allí contenido, por no coincidir éste con la apreciación que de los hechos y las pruebas presente el recurrente.

2. La coautoría implica que luego del acuerdo criminal, el trabajo se divide entre cada uno de los integrantes, a efectos de que con ese aporte se logre la consumación del hecho criminoso.

El fenómeno de la coparticipación criminal no se desvanece en el hipotético caso de que el objeto material del ilícito resulte distinto al que inicialmente fue acordado, siempre que dicho desvío no pueda atribuirse a un exceso de alguno de los partícipes.

En el contexto de la figura que se analiza, lo imprescindible es el acuerdo de voluntad de los integrantes y la división de trabajo, aspecto éste que redunda en una eficaz y voluntaria contribución para la ejecución del plan criminal. Quienes en él intervienen, despliegan una serie de actividades que llevan a concluir la voluntad inequívoca de propiciar el ilícito y que resultan importantes a la hora de determinar su grado de contribución.

El autor intelectual - calidad que le fue atribuida por el Tribunal a (...) - es aquél que no ejecuta directa o materialmente la acción contenida en el verbo rector, sino en quien nace la idea delictuosa y organiza, dirige y maneja su realización por parte de los demás intervinientes, siendo posible incluso la ejecución de aportes materiales al hecho. Ello significa que su participación en el hecho punible puede exteriorizar con o sin contribución a los actos materiales, descritos en el tipo, concurriendo además con su voluntad, con la actividad de plantificar la idea criminosa y con otras actividades que trascienden el plano interno y conforman, con las demás , el complejo comportamental de la figura típica. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar Sentencia Casación. Fecha: 13/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad- Ibagué. Recurrente: Yaima, Samuel. Recurrente: González Vanegas, Hans. Recurrente: Delgado Ortega, Juan Carlos. Delitos: Tentativa de homicidio, Tentativa de hurto calificado y agravado. Proceso: 10281. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 210

PORTE ILEGAL DE ARMAS. Ha sido criterio de esta Sala que en tratándose de una pistola semiautomática, con calibre inferior a 9.652 m. m. (.38 pulgadas) de conformidad con los artículos 8° literales a y b, 9 literales a y b y 11 literal a del Decreto 2535 de 1993, debe

Pág.

considerarse como de defensa personal, sin importar que su proveedor tenga capacidad de alojamiento superior a 9 cartuchos, pues esa sola característica que excluye de autorización para su porte a los particulares no la convierte en "arma de guerra". Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 13/05/1998. Decisión: Declara competencia al Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: Espinosa Lopera, Diego Alejandro. Procesado: Cano Arrubla, Sergio Andres. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 14399. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 221

NARCOTRAFICO. El catálogo de verbos rectores del primer inciso del artículo 33 de la Ley 86 mencionada se refiere tanto a conductas de realización instantánea como de realización permanente, señalando entre éstas, las de almacenar y conservar, por ejemplo. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 13/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: Mosquera De Tarapuez, Alicia. No Recurrente: Tarapuez Mosquera, Ana Lucia. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9581. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 225

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL/ CAPTURA. Con miras a resolver la petición de "libertad inmediata" elevada por el procesado y atendiendo al hecho de que la situación procesal concreta comportaba características sustancialmente idénticas a aquéllas que le sirvieron a la Sala para precisar sistemáticamente la correcta hermenéutica de los artículos 197 y 198 ibidem y cuyo pronunciamiento se hiciera por auto del 10 de marzo del corriente año con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, reiteró la Corte en la determinación impugnada que en el caso objeto de estudio no existía condicionamiento alguno para que el Tribunal Superior dispusiera la captura de (...), pues la libertad decretada en su favor por la primera instancia lo fue motivada en la decisión absolutoria, que al ser revocada por el juez de segundo grado y no existir antecedente alguno de excarcelación durante el trámite procesal por causal diversa, hacía inmediatamente ejecutable la determinación sobre la libertad del procesado.

Ésta es, para la Sala, la interpretación que corresponde a los preceptos en cita, pues no basta como parece entenderlo el recurrente, tomando para ello en forma aislada y en su simple literalidad la primera parte del art. 198 de conformidad con el cual "Si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo

Pág.

podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia...", pues esta lectura fragmentada del precepto deja de lado la excepción que ella misma contiene, esto es que, en principio no resulta procedente disponer la orden referida "...salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento o de detención sin excarcelación", caso éste en el cual, como sucede en el proceso objeto de estudio, a contrario sensu, sí es perfectamente viable emitir las respectivas órdenes para la privación de la libertad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 14/05/1998. Decisión: No repone auto que negó libertad provisional. Procesado: Yanci Ospino. Liborio Alfonso. Proceso: 13987. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 230

FALSEDAD/ PECULADO/ CONCURSO. Aunque los escritos públicos, ideológica o materialmente contrarios a la verdad, hayan sido elaborados con el propósito de facilitar o de ocultar las malversaciones, los elementos constitutivos de ninguno de los hechos punibles resultan subsumidos dentro de los otros y, por el contrario, mantienen su entidad propia.

Como el concurso con el peculado de todas maneras se presenta en sucesos delictivos de las connotaciones del que motiva este proceso, sea material o ideológica la falsedad perpetrada por el servidor público en los así mismo públicos documentos, carece de trascendencia sobre el fallo la modificación en la calificación que, sin demostrarla e infructuosamente para el fin de desmontar el concurso, pretende el impugnante.

No debe perderse de vista que, para el caso y tratándose de esta modalidad delictiva, lo trascendente es que la irrealidad consignada en el documento público tenga relevancia jurídica, atributo que emerge ostensible en el presente caso, toda vez que los falsos documentos aparecen siendo elaborados por la acusada en connivencia con los coprocesados (...) y (...), con el propósito de hacerlos servir de prueba de unas inexistentes operaciones, de cuyo fingimiento efectivamente derivaron la oportunidad para apoderarse de recursos cuya administración se les había confiado a los servidores de la institución financiera estatal, que la defraudaron.

Con dicho proceder se afectó la fe pública, depositada en la autenticidad y veracidad de los documentos públicos, que constituye el bien jurídico tutelado por una de las normas penales en las que encuentra subsunción la conducta realizada. Sobre el particular ha expuesto la Corte desde tiempos atrás:

"El art. 219 del C. Penal tiende a proteger la veracidad de los documentos públicos a fin de que el funcionario exprese la realidad, bien

Pág.

sea en cuanto a los hechos ocurridos en su presencia, ora respecto a las declaraciones que hayan hecho frente a él los particulares u otros funcionarios públicos, o ya respecto a lo que en ejercicio de sus funciones debe consignar en ellos, a todo lo cual lo obliga el vínculo especial de derecho público que lo liga con la administración" (2 de julio de 1986, M. P. doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Cabe recordar que es posible que la procesada no tuviere por sí misma, o exclusiva y excluyentemente, lo que el defensor ubica como "disponibilidad real de los dineros existentes en las cuentas de la Caja Agraria" y que jamás hubiere suscrito "póliza de manejo": pero esos conceptos restringidos cedieron paso a una más amplia noción sobre la compleja tarea de administrar los bienes del Estado o bajo su custodia, donde lo que resulta típicamente definitorio es la relación funcional entre el servidor público y los bienes que de una u otra manera administraba y decidió apropiarse en su provecho o el de algún tercero.

Por eso la Corte en sentencia de 6 de diciembre de 1982, M.P. doctor Luis Enrique Aldana Rozo, ampliamente transcrita por el Tribunal, expresó y ha venido sosteniendo lo que ahora reitera:

"Ocurre, sin embargo, que la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por este motivo además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto por cuanto éste tiene respecto a aquellos la llamada disponibilidad jurídica.

Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar."

Debe evocarse que el peculado es delito contra la administración pública, en el que el servidor público actúa esencialmente con violación de sus deberes funcionales. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 14/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. No Recurrente: Arias Sandoval, Miguel Angel. No Recurrente: Bautista, José Armando. Recurrente: Vega Sánchez, Rosa

Pág.

Zabira. Delitos: Peculado por apropiación. Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 9688. Publicada: Sí. Aclaración de Voto Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Salvamento parcial de Voto Dr. Dídimo Páez Velandia.
Véase también en - Internet 233

CONSULTA/ DOBLE INSTANCIA-Excepciones 1. Si bien el artículo 31 de la Constitución Política establece como norma general el que toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada, dejó en manos del legislador la facultad de señalar excepciones.

La Carta misma permite determinar lógica y sistemáticamente casos en que la doble instancia no puede existir, y eso no comporta vulneración a garantía alguna.

Cuando la Ley de leyes ubica, en su artículo 234, a la Corte Suprema de Justicia como "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" y le atribuye, en el 235, la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, impone una excepción a aquel principio, pues la Corporación sólo podrá ejercer tal competencia en procesos de única instancia en los que las decisiones carecen, obviamente, del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de consulta.

Es decir "se trata de un procedimiento constitucional y legalmente previsto como de única instancia bajo el conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, sin que medie argumento válido que lleve a colegir que una es la Corte cuando conoce de un proceso en única instancia, y otra cuando lo hace por vía del recurso extraordinario, pues dado como le ha sido entre sus fines el de unificación de la jurisprudencia, y dentro de la jerarquía judicial el rango de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, el mismo cuidado y la misma fuerza doctrinaria tendrán sus pronunciamientos cuando actúe por vía de instancia como cuando lo haga en sede de casación..." (Auto de junio 3 de 1.996. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

2. No siendo viable, entonces, la apelación o consulta de las sentencias de única instancia dictadas por la Corte, pues como máximo tribunal carece de un superior que las revise, ni ellas pueden ser reformadas ni revocadas por el mismo juez o sala de decisión que las dictó (Art. 211 C. de P.P.), con mayor razón resulta improcedente el recurso extraordinario de casación, así se interponga de la manera excepcional que lo hace el procesado. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Unica Instancia. Fecha: 18/05/1998. Decisión: No admite el recurso de casación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Ruiz Medina, Jairo. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 8664. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 249

Pág.

COMPETENCIA/ COLISION DE COMPETENCIA. 1. La competencia para conocer de un delito comprende un conjunto de factores que la determinan, referidos a la naturaleza del hecho, el territorio, la persona del procesado y, en tratándose de punibles contra el patrimonio económico, la cuantía. Por manera que en virtud de cualquiera de ellos puede generarse conflicto de ese carácter.

2. Tanto las derogadas Leyes 104 de 1.993, a que hizo referencia el Juzgado Penal del Circuito, y 241 de 1.995, como la vigente 418 de diciembre 26 de 1.997 especificaron ciertos factores de competencia en los siguientes términos:

"Los jueces regionales conocerán del delito de hurto y los conexos con el mismo, cuando aquel recaiga sobre petróleo y sus derivados que se sustraigan ilícitamente de un oleoducto o gasoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento, siempre que la cuantía exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes del momento de comisión del hecho". (Art.89 Ley 104/93 y art. 96 Ley 418/97).

Resulta claro que la norma transcrita no modifica en nada la descripción típica del hurto y que sencillamente lo que hace es precisar esos factores que permiten asignar el conocimiento de un asunto a determinado funcionario, señalando casuísticamente el objeto material, la circunstancia espacial y la cuantía. Por tanto cuando el hurto tenga por objeto material el petróleo o sus derivados, cuando él haya sido sustraído de oleoducto, gasoducto o de sus fuentes inmediatas de abastecimiento y su valor sea superior al equivalente a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes para el momento de comisión del hurto, la competencia para conocer de éste y sus conexos será del juez regional.

En sentido contrario, cuando no se logren determinar esas circunstancias operará entonces la cláusula general de competencia que corresponde al juez del circuito o, mirada la cuantía, en tanto sea inferior a esos 10 salarios, se trasladará entonces la competencia al juzgado penal municipal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18/05/1998. Decisión: Asigna competencia al Juzgado Penal del Circuito de Girardota. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: Franco, Luis Fernando. Delitos: Uso de documento público falso, Hurto agravado, Falsedad en documento privado. Proceso: 14323. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 253

PORTE ILEGAL DE ARMAS-Pistola-Munición. En cuanto a la pistola, si bien es cierto que se trata de un arma de fuego calibre 9 mm. y su

Pág.

cañón no excede de 15.24 cm. (6 pulgadas), también lo es que su proveedor aparentemente supera en mucho el máximo permitido por la disposición ya referida, empero, ya la Corte en reiteradas decisiones, entre otras la del 22 de agosto de 1996, ha precisado que si la referencia corresponde a una pistola, se habrá de efectuar el cotejo de los caracteres que la identifican con los establecidos en la Ley para determinar si es de defensa personal o de uso privativo de la fuerza pública.

"... la diferencia básica entre una pistola y una pistola ametralladora (subfusil) radica esencialmente en su mecanismo original de funcionamiento, esto es que la primera es semiautomática y la segunda es automática, aun cuando las dos pueden cumplir las dos funciones a través de un dispositivo denominado selector de disparo. Las restantes características no son exclusivas de cada tipo de arma y por tanto, no permiten la diferenciación, pues si bien, generalmente la pistola es arma para usar con una sola mano, según el autor citado, también se fabrican pistolas ametralladoras con diseño para usar con una sola mano; una y otra pueden funcionar con calibre 9 mm., y la versatilidad en la capacidad de los proveedores tampoco permite distinguirlas". Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 19/05/1998. Decisión: Atribuye conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Pineda Garrido, Carlos Albeiro. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 14363. Publicada: Sí.

Véase también en: - Internet 259

RECURSO DE HECHO-Sustentación/ CASACION. Reiteradamente se ha venido señalando por la Corte, que la omisión del impugnante en sustentar el recurso de hecho dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias respectivas, tal como lo ordena el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, no necesariamente entraña la deserción del recurso, si la sustentación se ha hecho en el escrito de interposición o en todo caso, antes de dicho traslado. Exigir al impugnante que sustentó el recurso al momento de interponerlo, o antes del envío de las copias, que lo sustente nuevamente ante el Superior, es un requerimiento no sólo innecesario sino excesivamente formalista, contraventor del principio rector de toda actuación judicial de la efectividad del derecho sustancial (arts. 228 de la C. N., 1° de la Ley 270/96 y 9 del C. de P. P.).

Dado el carácter rogado del recurso extraordinario, y el principio dispositivo que gobierna su trámite, es deber del recurrente identificar la modalidad de casación que interpone, pues recuérdese que por la regulación autónoma que las caracteriza, tanto la común como

Pág.

la discrecional son excluyentes, y esta última no es subsidiaria de aquella. Por ello, la invocación a posteriori que el libelista hace de la casación excepcional no puede ser tenida en cuenta por extemporánea, toda vez que -independientemente de la irregularidad en que incurrió el Tribunal al declararlo admisible-, cuando interpuso el recurso omitió tal manifestación, y durante el término de ejecutoria de la sentencia, no presentó fundamentación alguna orientada al establecimiento de los fines previstos en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Recurso de Hecho. Fecha: 19/05/1998. Decisión: Declara correctamente denegado el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Llanos Avila, Carmen Zunilda. Delitos: Cohecho. Proceso: 14003. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 269

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS/ LIBERTAD PROVISIONAL. La acumulación jurídica prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal (artículo 60 de la Ley 81 de 1993), presupone la existencia de dos o mas sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. Por lo mismo, corresponde al Juez de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad, decidir sobre la viabilidad del Instituto reclamado y no a esta Sala, que solo tiene competencia para decidir en el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad provisional del procesado en los términos del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (artículo 55 de la Ley 81 de 1993), para ordenar la excarcelación por cumplimiento de la sanción impuesta en cada caso concreto.

También, para el reconocimiento de las rebajas de pena a que tenga derecho el recluso con el fin de acreditar el requisito objetivo de una tercera parte de la sanción, exclusivamente para los fines del permiso administrativo de la 72 horas que consagra el artículo 147 de la Ley 65 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 19/05/1998. Decisión: Se abstiene de conocer de la acumulación jurídica de penas. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Reina Guaqueta, Marco Anastasio. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10507. Publicada: Si.
Véase también en - Internet 273

FLAGRANCIA/ CAPTURA/ CONFESION. Es claro que aún admitiendo que la confesión calificada puede admitir el reconocimiento de la rebaja pretendida, siempre y cuando que constituya el medio base

Pág.

que le dé apoyo a la condena, tal como así lo ha reconocido también esta colegiatura, es innegable que en el caso presente esa versión de (...) no constituye el asidero del fallo proferido, pues consultando esta providencia se devela que la prueba de cargo deriva de elementos ajenos a la simple versión del procesado, como se explica en dicha pieza procesal, donde el juzgado afirma:

"No sobra recalcar en este punto que la flagrancia es predicable en este caso en relación con todos los delitos estructurados, ya que múltiples testigos son asertivos al asegurar que los aquí vinculados fueron los que atentaron contra su patrimonio, bien porque así lo expresaron en reconocimiento en fila o por la percepción que tuvieron de ellos en documentos fotográficos o de prensa que obran en el expediente...". argumentos a los cuales se añade, para el caso del homicidio, la validez de la prueba indiciaria como elemento que desdibuja las excusas del simple accidente, opuestas ya, en todo caso, a lo que constituye en realidad una confesión.

Tal interpretación del término flagrancia, no se distancia, por lo demás, de aquel que con criterio de mayoría ha sentado esta Sala de la Corte, y que por suficientemente conocido, no es necesario insistir, cuando al mismo se ha atenido el Ministerio Público en su concepto invocado, por lo que bastará citar las decisiones en que la Sala ya reiterativamente lo ha expuesto: 1o. de diciembre de 1987, Magistrado Ponente Doctor Rodolfo Mantilla Jácome, 16 de noviembre de 1988, Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel; y Septiembre 9 de 1993 Magistrados Doctores Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda, entre otras, y más recientemente en casación de agosto 19 de 1997 con ponencia del Magistrado Jorge Córdoba Poveda, siendo bastante con recordar de la primera de estas decisiones la notoria diferencia entre el sorprendimiento flagrante y la captura en flagrancia, al precisar que "Flagrancia y captura en flagrancia son, entonces, dos cosas completamente diferentes y aún cuando la aprehensión está constitucionalmente autorizada sin el cumplimiento de las formalidades legales en los casos de flagrancia, ésta puede tener otros efectos procesales diferentes a la captura. Tales los contemplados en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que excluye del beneficio de rebaja de pena a quien, pese a su confesión, hubiese sido sorprendido en el momento de cometer el hecho punible.. Que no se entienda, porque la Constitución no permite tal exégesis, que la flagrancia lleva aparejada indiscutiblemente la captura; ésta puede ser una consecuencia de aquella, no su efecto imprescindible. .". Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 20/05/1998. Decisión: Declara extinción de la acción penal por unos delitos, re-

Pág.

duce pena y no casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. No Recurrente: Bernal Infante, Luis Humberto. Recurrente: Bernal Matiz, Omar. Delitos: Hurto calificado y agravado. Porte de armas de uso privativo de las F.M., Concierto para delinquir, Utilización ilegal de uniformes de uso priv. Proceso: 10282. Publicada: Sí. Aclaración parcial de voto Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Véase también en - Internet 275

ACCION DE REVISION/ INVESTIGACION DE OFICIO. La remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando frente a la demostración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley, se evidencia que se cometió una injusticia. Por ello, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, para que la Sala, al momento de estudiarla, observe que la sentencia se profirió contrariando los postulados de la justicia material.

Nos encontramos en presencia de punibles investigables de oficio que, como tales, debían ser denunciados por cualquier habitante del territorio nacional mayor de dieciocho años, que tuviera conocimiento de ellos y, con mayor razón, por el servidor público. Sólo en los delitos querellables o que exijan petición especial, clase a la que no pertenecen los mencionados, se requiere la calidad de querellante legítimo o de peticionario especial como condición de procesabilidad, en forma tal que si la actuación se adelantó y culminó con sentencia ejecutoriada, desconociendo tal fenómeno inhibitorio, será procedente la acción de revisión. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Acción de Revisión. Fecha: 26/05/1998. Decisión: Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Echeverría De Sanguino, María Del Carmen. Delitos: Uso de documento público falso, Estafa, Falsedad en documento privado, Exportación ficticia. Proceso: 14384. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 292

ACCION DE REVISION/ SUJETO PROCESAL. En razón a ser la acción de revisión instrumento extraordinario que persigue levantar los efectos de la cosa juzgada judicial, su ejercicio esta sometido al cumplimiento estricto de los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley de rito, los cuales de no ser reunidos en su integridad, conducen inexorablemente al rechazo de la demanda por la Corte.

Pág.

Entre ellos, se destaca el de legitimidad del actor, radicada por el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, exclusivamente en cabeza del defensor del procesado, los titulares de la acción civil dentro del proceso penal, el Ministerio Público o el Fiscal.

Tampoco el ejercicio de esta acción podría hacerse para dar lugar sin razón legal, a ordenar revivir la actuación con la consecuencia de tener que decretar la liberación provisional del procesado, generando, de contera, el riesgo inadmisible de impunidad por el delito cuya responsabilidad penal ya fue determinada y declarada mediante decisión en firme.

Y, aún en el supuesto de que una tal pretensión hubiera sido o sea presentada por un sujeto procesal de aquellos facultados por la ley para hacerlo, este extraordinario instrumento de postulación no tendría cabida al amparo del primer motivo de revisión, sino del tercero, y solamente en cuanto se acredite el evento de haber sido el procesado suplantado por el verdadero autor del reato quien se identificó como aquél, que no es precisamente el caso presente, como se dejó expuesto. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Acción de Revisión. Fecha: 26/05/1998. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Adames Ballesteros, Luis Alberto. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 14353. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 297

PREVARICATO POR ACCION/ *HABEAS CORPUS*. Incurre en el delito de prevaricato por acción, de acuerdo con el artículo 149 del Código Penal (modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995), "El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley...", conducta que debidamente probada ha lugar a la sanción de "prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta".

Se tendrán en cuenta las siguientes precisiones:

Aunque no deja de ser relevante el examen de la doctrina y la jurisprudencia sobre el derecho fundamental constitucional del habeas corpus, dado que ello puede contribuir a establecer si en realidad existe una resolución abiertamente contraria a la ley o se trata mas bien de una interpretación loable de las normas, lo cierto es que la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la

clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculpado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades estas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado.

De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo "manifiestamente contrario a la ley". Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el "deber ser" legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un "deber ser" que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades.

Por la misma naturaleza jurídica de la regulación constitucional del habeas corpus, que prevé una solución rápida de 36 horas, necesariamente se presuponen palmarias agresiones informales o situaciones de hecho, cuestiones tan simples o tan ostensiblemente arbitrarias que no exigen las complejas valoraciones de hechos y normas procesales, de orden objetivo y subjetivo, como aquellas que significan negarle legalidad o mérito a una medida de aseguramiento adoptada por la autoridad judicial. Es que en un término tan breve de horas no se puede aprehender la dimensión de toda una actuación procesal que se ha sujetado a un método durante días o meses.

Con el fin de que no se confundan nocivamente las esferas de acción y exigencia de los derechos fundamentales constitucionales (libertad, habeas corpus y debido proceso), no puede quedar duda de que el fin del habeas corpus es la tutela de la libertad en sentido material y no el debido proceso en sentido formal. Por ello, en caso

Pág.

de prolongación ilegal de la privación de la libertad, si se dicta una medida de detención antes de cualquier disposición sobre la protección especial, es necesario acudir primero a los mecanismos de solución y recursos propios del proceso que ya está en curso, tal como lo indica el inciso 2° del artículo 430 del C. P. P. De esta manera, la Corte Constitucional señaló claramente que una vez dictada la medida de aseguramiento de detención, sin que se haya dado el rito respectivo, ya no es procedente acudir al singular amparo sino a los recursos propios del proceso penal, que es lo determinante. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 26/05/1998. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Muñoz Dávila, Carlos Eduardo. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 13628. Publicada: Sí. Véase también en - Internet 301

DETENCION DOMICILIARIA/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993 que se reclama, apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado a través de sus jueces se pronuncia sobre su responsabilidad penal. Por ello, proferida la sentencia de carácter condenatorio en la que se le determina la sanción a cumplir, cuando el funcionario judicial declara la improcedencia del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que ordenar el cumplimiento de aquella, revocando según el caso, los beneficios de libertad provisional o de detención domiciliaria que se le haya otorgado al imputado, pues no de otra forma puede hacer efectiva la pena impuesta en el fallo.

Por último, debe agregarse que en el trámite del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede ocuparse de fondo respecto de peticiones como la aquí planteada, pues su competencia radica exclusivamente en desatar la impugnación, y atender peticiones relativas a la libertad provisional que consagra el numeral 2° del artículo 55 de la mencionada Ley 81 de 1993, ora por pena cumplida y, por último, para reconocer rebajas de pena para acreditar el cumplimiento del factor objetivo de la pena que se exige a quien pretende hacerse acreedor al beneficio administrativo de permiso de 72 horas a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación -Libertad-. Fecha: 26/05/1998. Decisión: Se abstiene de pronunciarse en cuanto a la petición de conceder la detención domiciliaria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Arias Escobar, Siervo. Procesado: Arias Lizarazo, Pedro.

Pág.

Julio. Procesado: Arias Lizarazo, Rafael. Delitos: Homicidio. Proceso: 13290. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 322

EXTINCION DE LA PENA 1. De las varias formas de extinción de la pena previstas en nuestro ordenamiento, el artículo 71 del C. P. contiene aquella según la cual la sanción queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine, cuando el beneficiario del subrogado penal de la condena de ejecución condicional no haya cometido, durante el período de prueba, un nuevo delito ni violado ninguna de las obligaciones impuestas en la sentencia.

2. Lo anterior tiene trascendencia solamente en cuanto se trata de la pena privativa de la libertad, que fue objeto de suspensión, no así cuando ha de hacerse referencia a la de interdicción de derechos y funciones públicas que se ejecutó materialmente. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Unica Instancia. Fecha: 27/05/1998. Decisión: Declara extinguida la pena privativa de la libertad, cancela caución. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Díaz Bernal, Pablo Emilio. Delitos: Prevaricato por omisión. Proceso: 5444. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 325

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO-Prevaricato. Aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de la autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva, sin que sea posible intercambiar ni su adecuación típica ni la pena indistintamente, que de tal forma carecería de razón una codificación sancionatoria.

Si la conducta desplegada por el funcionario -como en este caso- encuentra pleno acomodo dentro de la figura del prevaricato, es por tal delito que debe producirse el llamamiento a juicio, toda vez que la figura del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto deja porciones de la actividad funcional sin reproche de ninguna naturaleza, a más de que este último delito solamente es aplicable "fuera de los casos especialmente previstos como delito", según se consignó literalmente en el artículo 152 del Código Penal." (Sent. de junio 12 de 1.990, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Tesis éstas, que bien puede afirmarse, permanecen inmodificadas, si se tiene en cuenta que en reciente fallo, dijo la Sala:

"En el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en el asesoramiento y en otras actuaciones ilegales y en el abuso de función pública, es requisito para su comisión que la gestión indebida del servidor público constituya un acto de abuso de sus propias atribu-

Pág.

ciones o de usurpación de otras que no le corresponden" (Sent. de octubre 28 de 1.997. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación Discrecional. Fecha: 27/05/1998. Decisión: Niega el recurso de casación excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: Toro Morales, Henry Giovanny. Delitos: Abuso de Autoridad. Proceso: 14171. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 328

ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO. Según reiterado criterio jurisprudencial, el planteamiento de errores en la apreciación probatoria que hayan dado origen a la violación indirecta de la ley sustancial, segunda modalidad de la causal primera de casación, implica demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien que se trate de un error de hecho, como cuando se ignora o se supone la prueba (falso juicio de existencia), o se tergiversa o distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); o que se ubique en el error de derecho, que será posible frente a un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la práctica o incorporación de la prueba, toda vez que el falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente al haber desaparecido de la sistemática procesal colombiana la tarifa legal.

Las especies de error de hecho, a pesar de pertenecer a un mismo género, son esencialmente distintas, dado que no es lo mismo que una prueba sea ignorada o imaginada, a que haya sido tergiversada, o apreciada con desconocimiento de los criterios reconocidos por la lógica, la experiencia o la ciencia.

Por lo anterior, es pertinente que al plantear el cargo, el recurrente indique con claridad en cuál de tales yerros incurrió el sentenciador, no siendo permitido alegar a un mismo tiempo y respecto de la misma prueba más de una modalidad, por cuanto el planteamiento resultaría equívoco. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 28/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Lancheros Molina, Jhon Jairo. Delitos: Uso de documento público falso. Proceso: 10902. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 337

LIBERTAD CONDICIONAL-Requisitos factor subjetivo. Para responder a las argumentaciones del recurrente, debe comenzarse por recordar el contenido del artículo 72 del C.P., en cuanto estableció que "El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto no mayor de tres años o a la de prisión que no exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena.

Pág.

siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social" (resalta la Corte).

Obsérvese entonces que los ya denominados por la doctrina y la jurisprudencia, como aspectos subjetivos, cuya satisfacción es requisito indispensable para el merecimiento de dicho subrogado no son excluyentes entre sí, sino acumulativos, es decir, la valoración del juez respecto de todos esos ellos debe confluir positivamente frente al procesado, pues tratándose de una persona a la que de antemano no ha sido posible suspenderle condicionalmente la ejecución de la condena, bien por no presentarse todos los presupuestos del artículo 68 del C.P., o bien porque la gravedad del delito cometido implicó una mayor severidad en la sanción, no solo porque el legislador así lo ha dispuesto, sino porque al momento de la individualización de la pena ésta superó los 36 meses, no puede concluirse, que este subrogado, aplicable con posterioridad a la sentencia y que desde luego implica previamente el cumplimiento de gran parte de la pena, se constituya en una gracia automática para el condenado, que habiendo descontado tiempo físico con la dedicación a actividades autorizadas para la redención de pena, haya procurado un buen comportamiento al interior de la cárcel, porque a tales presupuestos no se limita la norma la doble labor de diagnóstico y pronóstico que la ley impone al Juez al momento de analizar la posible liberación de un condenado sobre la base de que ha logrado el reacondicionamiento social y por ende, está apto para reincorporarse al seno de la sociedad a la cual ofendió cuando cometió el ilícito. Es la concurrencia simultánea de todos y cada una tales exigencias, de las cuales no puede descartarse o subestimarse las relacionadas con la personalidad y los antecedentes de todo orden del condenado, aspectos que solo pueden ser valorados a partir de la información que reporta la actuación misma.

Concretamente, en lo que se relaciona con los antecedentes de todo orden, no puede reducirse la interpretación de la ley a aquellos de naturaleza judicial, que impliquen la existencia de otras sentencias condenatorias o como lo dice el recurrente a sindicaciones anteriores, pues precisamente en cada caso concreto, el Juez no puede limitarse a la simple verificación del estado actual del comportamiento del condenado, no siendo posible desconocer los motivos por los cuales esa persona individualmente considerada está enfrentando una sanción tan severa como la privación de la libertad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Cálvez Argote. Casación -Libertad-. Fecha: 28/05/1998. Decisión: No repone auto que negó libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad:

Pág.

Manizales. Procesado: Galindo Zuluaga, César Iván. Delitos: Peculado por apropiación. Falsedad en documento público. Proceso: 13287. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 344

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA-Grave enfermedad, experticio médico. La existencia de una afección a la salud de una persona, en términos tales que deba calificarse como enfermedad y la naturaleza de esa afectación como de índole grave, son supuestos de hecho cuya calificación de carácter técnico de ordinario escapan al conocimiento general de los Jueces y Fiscales encargados de adoptar la decisión que conceda o niegue el beneficio solicitado, por lo que la ley ha encargado que tal situación sea previamente certificada por un médico oficial o por uno particular bajo la gravedad del juramento.

En este orden de ideas, resulta ajeno a cualquier racionalidad pretender que la Sala entre a priori a discutir la validez científica del experticio médico - legal rendido por un profesional en medicina cuya calificación profesional e idoneidad científica se concluyen no solo de su vinculación al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sino de la anotación del número de su registro médico al pie de su firma. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Casación -Reposición. Fecha: 28/05/1998. Decisión: No repone auto por medio del cual se negó la detención hospitalaria. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Quintero Marín, Gilberto Antonio. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12667. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 350

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ACCION CIVIL-Interés para recurrir. 1. La violación indirecta de la ley sustancial, que conduzca a no aplicarla o a hacerlo indebidamente, acontece por error de derecho o de hecho. Este puede consistir en falso juicio de existencia (suponer o ignorar una prueba) o en falso juicio de identidad (distorsionar su sentido objetivo). Aquél puede serlo por falso juicio de legalidad (estimación de un elemento de demostración que ha sido allegado incurriendo en sustanciales irregularidades) o por falso juicio de convicción (no otorgarle a la prueba el valor previamente establecido por la ley).

2. Independientemente de la asunción del monto pericialmente tasado, y de las obligaciones y facultades que constitucional y legalmente le competen a la administración de justicia en procura de la real y efectiva indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, se aprecia que "el valor actual de la resolución desfavorable

Pág.

al recurrente" consagrado en el citado artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, significa que el interés para recurrir en casación no se determina por la cuantía total, sino por el monto de la lesión económica que el impugnante estima que con el fallo se ha generado en contra de su causa, estableciéndose como valor la diferencia entre la expectativa manifiesta y lo judicialmente establecido. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 28/05/1998. Decisión: Rechaza in límine la demanda presentada a nombre del tercero civilmente responsable. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Popayán. Procesado: Sandoval López, Pedro Antonio. No Recurrente: Cañizales Trujillo, Jesus Emiro. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 13071. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 353

IRREGULARIDAD-Validez de la actuación. No toda informalidad que pueda presentarse en el ejercicio de la actividad in procedendo afecta la validez de la actuación; ha de tratarse de irregularidades sustanciales que comprometan el debido proceso, bien porque rompen su estructura lógica, ora porque desconocen las garantías de las partes, siendo obligación del recurrente identificar el pretendido vicio, expresar sus fundamentos y demostrar su trascendencia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 28/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Avella Marino, José Edgar. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 9914. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 361

ACCION DE REVISION-Pruebas. Para efectos de la acción de revisión, la prueba nueva aparecida cuando ya un proceso ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone su eficacia, o por lo menos una fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo que se cuestiona, bien porque, según el caso, demuestre la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad al momento de delinquir.

Es pues, prueba que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer durante el debate procesal y que se refiere, bien sea a un hecho por entonces desconocido, o bien sólo a algún aspecto esencial de un hecho procesalmente conocido, v.gr. una circunstancia de justificación; y la que el legislador ordena allegar con la demanda como soporte de la petición de revisión, está llamada a servir como punto de referencia a la actividad probatoria que en el evento de disponerse el trámite de la acción, desarrolla por mandato legal la Corte.

En tal virtud, las pruebas que se deben aportar con la demanda para demostrar los hechos básicos de la petición, esto es, para fun-

Pág.

damentar la causal de revisión aducida, con independencia de su condición de apenas sumarias, deben ser las conducentes a acreditar el motivo de la reclamación, como presupuesto de forma que confiera viabilidad a la acción : tal es el sentido teleológico de los requisitos para su instauración previstos en los numerales 3° y 4° del artículo 234 del C.de P.P. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Acción de Revisión. Fecha: 28/05/1998. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza *in limine* la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Manecra, Roberto. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 14406. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 373

CASACION/ SANA CRITICA/ INCONGRUENCIA-Causal 2ª, Causal 3ª. Bueno es, sin embargo, aclarar una vez más, como ya en múltiples ocasiones lo ha hecho la Corte corcada en ello por el Ministerio Público, que la amplitud de criterio asumida en el estatuto procesal actual sobre la técnica de la demanda que sustenta el recurso extraordinario, no ha abierto la puerta a toda alegación de inconformidad con lo decidido en la segunda instancia en que indistintamente se consignen reparos conceptualizados o no, bien sea por errores de evaluación jurídica o de actividad del sentenciador en el proceso, huérfanos de demostración y configurados sin el más leve respeto por la lógica del pensamiento en materia jurídica.

No, lo que el legislador buscó fue facilitar la primacía del derecho sustancial sobre el adjetivo, armonizando su pensamiento con el del constituyente en ese aspecto, de tal manera que una demanda concebida con las básicas premisas del artículo 225 del C. de P.P., es decir, no encasillada en conceptos formales rígidos, pero con clara exposición y demostración de los errores aducibles por este medio impugnatorio, logre acceso a la consideración del juez extraordinario, en cuanto alude a lo sustancial del reparo.

Frente a una incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, el ataque en casación puede hacerse bien por la causal 3a. o por la causal 2a. del artículo 220 del C. de P.P., porque hoy, las dos, en dicho evento, conducen a un mismo remedio, la corrección del fallo por la Corte directamente.

La Corte Constitucional, en pronunciamiento posterior a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por la Fiscalía, sentencia número C565 del 7 de diciembre de 1993 declaró exequible la modificación introducida por la anotenotada ley a la pena del tipo penal del homicidio. Este fallo, con efectos *erga omnes*, tiene la virtud de consolidar los efectos de la ley sobre la cual recae y de extin-

Pág.

guir la excepción de inconstitucionalidad aplicada en este caso, porque la sentencia fue proferida con posterioridad a ese pronunciamiento, sobre el cual no puede primar el de ningún funcionario, bajo ningún pretexto. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 28/05/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Fúquene Galindo, Leonardo. Delitos: Tentativa de homicidio agravado, Tentativa de hurto agravado. Proceso: 9623. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 380

CASACION-Interés para recurrir-Apelación/ MINISTERIO PUBLICO. Ha sido criterio uniforme y pacífico de la Sala que quien no ha apelado la sentencia de primer grado ni ve desmejorada su situación como sujeto procesal con la decisión de segunda instancia fruto de la impugnación de un homólogo suyo o por efecto del grado jurisdiccional de la consulta, carece de legitimación para recurrir por la vía extraordinaria, en razón a que lo atacado en esta sede es la legalidad del fallo judicial que se presume con los atributos de veracidad y acierto, de tal manera que si habiendo podido impugnarlo se guarda silencio frente al que fue objeto de refrendación sin reformas en la segunda instancia, es porque se está conforme con la determinación del *a quo* que resulta ser la misma del ad quem-, o por cualquier otro motivo no se tiene interés en que la respectiva actuación sea revisada por el superior.

Es claro que la función que la propia Carta Política le asigna al Ministerio Público, para que prevalido del interés general que conlleva la representación de la sociedad procure la salvaguarda del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales cuando quiera que éstos resulten menoscabados, no puede convertirse en argumento para pretender un tratamiento judicial diferente al que tienen los demás intervinientes en la actuación penal, por contera refractario a las normas procesales.

'La condición de 'sujeto procesal imparcial' que se le reconoce al Ministerio Público sirve para identificar los nobles propósitos que inspiran su intervención en la actuación penal, pero no tiene el alcance de cambiar su propia naturaleza que es en todo caso la de un sujeto procesal (Título III, capítulo II del Código de Procedimiento Penal), y por tanto obligado a asumir sus funciones (derechos y deberes dentro del trámite procesal) en pié de igualdad con las demás partes (art. 20 ibídem), sin otras limitaciones o privilegios distintos a los que expresamente le otorga el ordenamiento jurídico. Así lo advirtió esta Sala en el fallo citado por el recurrente, donde se dijo:

Pág.

"El artículo 277 de la Constitución Política señala como función de este órgano de control, la de 'intervenir en los procesos', bien ante las autoridades judiciales ora ante las administrativas, 'cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales' (numeral 7°). De modo que, si en un apartado diferente de la norma constitucional aparece la facultad de ejercer la vigilancia superior de quienes detentan las funciones públicas (numeral 6°), la intervención a que alude el numeral 7° sólo puede entenderse a título de sujeto procesal, pues no habría otra manera, dentro de un proceso penal, por ejemplo, de hacer valer el orden jurídico o de implementar la defensa del patrimonio público o de procurar el respeto a los derechos y garantías fundamentales. Este modo de entender el precepto constitucional, se ha explicitado por el artículo 85 de la Ley 201 de 1995 (orgánica de la Procuraduría General de la Nación); de acuerdo con el cual "En materia penal el Ministerio Público intervendrá, como sujeto procesal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (Octubre 15 de 1997. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Recurso de Hecho. Fecha: 02/06/1998. Decisión: Declara correctamente denegado el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Ramírez Aldana, Marco Antonio. Delitos: Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 14072. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 387

EXTRADICION-Concepto de la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con los artículos 549 y 558 del Código de Procedimiento Penal, el objeto del concepto de la Corte para extradición se refiere a la validez formal de la documentación presentada; la demostración plena de la identidad del requerido; el cumplimiento del principio de la doble incriminación, especificado por el hecho de que el delito en Colombia tenga prevista una pena cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años; la constatación de equivalencia entre la resolución de cargos producida en el exterior y cualquiera de las formas que consagra nuestro ordenamiento procesal penal; y, cuando fuere el caso, la observación de lo previsto en los tratados públicos.

Si la extradición es un dispositivo de solidaridad y asistencia para evitar la impunidad del delito cometido en territorio extranjero, la confrontación de sanciones debe hacerse de acuerdo con el marco punitivo actualmente vigente, pues siempre se entiende que la negación de ese apoyo solicitado supone que el Estado reacio, en este caso las autoridades colombianas, hará uso del principio de juris-

Pág.

dicción universal, conforme con el cual ellas podrán juzgar al extranjero en el territorio patrio, si es que no quieren aparecer como factor de impunidad ante la comunidad internacional (C. P., art. 15, numeral 6, literal d). Con la tesis de que el objeto de comparación debieran ser las penas previstas en Colombia para el momento en que se cometió el hecho en otro país, la paradoja y el sofisma exculpativo de la colaboración serían evidentes: no se concede la extradición por falla en el monto de la pena mínima prevista para el momento de los hechos (no a la hora de la petición), pero también se negaría el juicio del requerido en nuestro territorio porque esa misma cantidad de punición tampoco alcanzaría para activar el principio de jurisdicción mundial, conforme con el literal b) del precepto antes citado. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Extradición. Fecha: 02/06/1998. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos. Procesado: Stofenmacher, Sergio Esteban. Proceso: 13701. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 393

IMPERIO DE LA LEY/ AUTO INHIBITORIO/*NON BIS IN IDEM*/ PRUEBA. De todos es sabido que la ley - la Constitución es Ley de leyes - es firme e inmutable en sus principios, como inmutable es el derecho al igual que la moral de donde el derecho emerge, pero igual nadie desconoce que la ley es también variable en su desarrollo, ya que el derecho está en elaboración constante, sufriendo incesantes cambios, en la medida que los van exigiendo las necesidades de la sociedad a la que procura buscar satisfacción. Dícese, por consiguiente, que el imperio de la ley no se perpetúa indefinidamente, sino que se halla circunscrito a los límites que determina la ley.

Violación al principio *non bis in idem*.

Para el imputado este principio fue violado porque, no empece el proferimiento de dos autos inhibitorios, este proceso se ha venido adelantando por los mismos hechos.

Este principio, de prosapia constitucional y desarrollado en el estatuto procesal penal en la directriz del debido proceso, que prohibe el juzgamiento dos veces por el mismo hecho, no se reciente cuando, no obstante haberse dictado providencia inhibitoria, se abre seguidamente la instrucción por los mismos hechos que entrañan la imputación, sencillamente porque, por su naturaleza, no es de aquellas resoluciones que comporten ejecutoria material, toda vez que por querer del artículo 328 del C. de P. P. su ejecutoria es meramente formal, es susceptible de ser revocada en cualquier momento y por tanto no hace tránsito a cosa juzgada.

Pág.

Por lo demás, no se entiende en esos casos como puede hablarse de resolución con autoridad de cosa juzgada si en esa actuación judicial que culmina con decisión inhibitoria, no existe, en puridad, proceso, el cual supone debate probatorio y argumentativo de cara al reconocimiento del derecho material.

De las pruebas solicitadas y su conducencia.

De acuerdo con el artículo 250 del C. de P. P. sólo serán objeto de práctica las pruebas que se dirijan a establecer la verdad de los hechos materia del proceso, debiendo ser rechazadas las ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Lo anterior significa que no basta que cualquiera de los sujetos procesales pida una prueba para que obligadamente sea decretada, sino que es necesario previamente que señale la relación que tiene con los hechos y lo que pretende acreditar con ella, pues si de la valoración que se haga resulta que no se encamina rectamente a demostrar la circunstancia, cosa o conducta constitutiva de todos los presupuestos de hecho cuyo conocimiento es necesario para en su momento resolver sobre la relación jurídico-procesal, su práctica debe ser rechazada como lo manda la disposición citada. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Unica Instancia. Fecha: 03/06/1998. Decisión: Niega declaratoria nulidad, rechaza práctica pruebas, decreta pruebas. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Lozano Osorio, Jorge Tadeo. Proceso: 8041. Publicada: SI.

Véase también en - Internet 406

ANTIJURIDICIDAD/ FALSEDAD EN DOCUMENTO/ DELITO DE PELIGRO. El contenido material de la antijuridicidad, principio rector consagrado en el Código penal, está constituido por la lesión o puesta en peligro sin justa causa de los bienes jurídicos tutelados, de ahí que las conductas inocuas no sean punibles.

No es cierto que la relación alumno-colegio sea ajena a la sociedad, pues si bien al establecimiento se le autoriza para que preste el servicio público de la educación y expida los títulos correspondientes, esa función está regulada legalmente, y a la comunidad en general le interesa que sólo se otorguen reconocimientos académicos a quien los haya logrado con el estricto cumplimiento de los requisitos, pues de lo contrario se generaría un completo caos en el tráfico jurídico que de allí se deriva.

No hay duda de que la falsificación y el uso de documentos que expidan los establecimientos educativos particulares para certificar situaciones académicas, en el caso en estudio para demostrar el

Fág.

derecho a ingresar al curso siguiente al reprobado, constituye una violación al interés jurídico de la fe pública, pues las relaciones sociales y jurídicas sobre la materia se basan en la credibilidad que los ciudadanos depositan en esos instrumentos como medios de prueba que son.

Es verdad que entre otras, en providencia de marzo 17 de 1981, con ponencia del doctor Luis Enrique Romero Soto, la Corte dijo: "El delito de falsedad no es de aquellos que se llaman ordinariamente 'de daño real o material', sino de los de 'daño potencial' llamados también 'de peligro', porque no se necesita que produzcan una lesión efectiva en el bien jurídico tutelado sino que basta con que lo amenacen en forma directa e inmediata. Ese bien jurídico es, en nuestro derecho, primordialmente, la fe pública, o sea la confianza de la colectividad en ciertos medios de prueba, en este caso, los documentos como medios de establecer la existencia, modificación o extinción de un derecho."

No obstante la claridad de este criterio doctrinal, el demandante erróneamente lo entiende en el sentido de que podría haber delito sin daño, pero no es eso lo que dice la jurisprudencia, todo lo contrario, el hecho de que allí se clasifique la falsedad documental como un delito de peligro es precisamente porque se advierte que se necesita que produzca un "daño" que al menos consista en poner en peligro el interés tutelado.

En otras palabras, el impugnante se equivoca al creer que desde el punto de vista jurídico la única forma de daño que existe es el "real", con lo que deja de lado el "potencial", e incurre en el error que le atribuye al Tribunal, pues con ese entendimiento contraría el artículo 4º. del Código Penal, que establece como antijurídica la conducta que "lesiona" o pone en "peligro" sin justa causa el interés jurídico tutelado por la ley.

En el ámbito naturalístico el "daño" se identifica con la "lesión" o efectivo menoscabo, destrucción o disminución que se causa al objeto material en el cual se concreta el interés protegido, pero en el plano jurídico el "daño" que amerita la intervención del derecho penal puede manifestarse a través de la "lesión" o la puesta en "peligro".

Dentro de la clasificación de los tipos penales en relación con el bien jurídico se acostumbra incluir los denominados "simples o monoofensivos", y los "complejos o pluriofensivos", para distinguir los que describen conductas que afectan un solo bien jurídico, de los que regulan comportamientos que simultáneamente pueden lesionar varios bienes jurídicos, pero ello en modo alguno significa que frente a cada caso concreto se necesite establecer esa plurali-

Pág.

dad de afectaciones para constatar la adecuación típica, o para que se pueda predicar la antijuridicidad, pues en este último evento lo importante es que se lesione o ponga en peligro el interés que el legislador quiso proteger al tipificar la acción, como lo es la fe pública tratándose de la falsedad. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 03/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: Gaviria Londoño, Cecilia. Delitos: Falsedad en documento privado. Proceso: 10422. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 416

COLISION DE COMPETENCIA/ AMENAZAS. De tiempo atrás la Sala ha expuesto un criterio que en este caso debe ser reiterado en el sentido de que si la amenaza permanece en el ámbito meramente personal o familiar su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, pero, si excede ese marco individual para trascender a lo colectivo, a aquello del interés social, público, el asunto ingresa entonces, jurídicamente, al radio de la competencia de los jueces regionales. (Auto de septiembre 25 de 1995, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 03/06/1998. Decisión: Asigna competencia al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Ramírez Acero, Celedonio. Procesado: Ramírez Acero, Alirio. Delitos: Amenaza. Proceso: 14462. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 425

INDAGATORIA / INTERROGATORIO-Preguntas técnicas. Es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 del C.P.P. al imputado debe interrogársele "en relación con los hechos que originaron su vinculación", pero no como lo entiende el demandante, sobre los tipos penales concretos que se consideren infringidos por parte del instructor, pues además de que la disposición en cita en ninguna forma posibilita esa interesada hermenéutica no resulta lógica ni menos comprensible ante la realidad y dinámica de la investigación penal, toda vez que la explicación que el Estado requiere del imputado es sobre su conducta entendida dentro del contexto fáctico, que es lo que a la postre posibilita el correspondiente análisis jurídico positivo, conforme sucedió en este caso.

Esto no significa, por tanto, que al imputado no se le deba interrogar sobre todos los cargos que obren en su contra, sino que la ley no exige la precisión técnico jurídica de la estructura analítica del delito para que el indagado explique su actuar dentro de tan elevado y complejo marco conceptual.

Pág.

La investigación como tal no permite limitar su cometido a unas determinadas y exclusivas hipótesis delictivas, puesto que la misma se inicia, bien oficiosamente, ora por la noticia criminis allegada al funcionario mediante denuncia, pero dependiendo de su marcha y de las pruebas que en su discurrir se logren, lo que en principio fue la razón de ser de la iniciación de la correspondiente averiguación, puede variar. Así, entonces, ya no será solo un hecho delictivo el investigado, sino que, perfectamente, podrán existir otros y en la medida en que se dé el fenómeno de la conexidad de las conductas delictivas, se tramitará el asunto bajo una misma cuerda o se separarán en obedecimiento al principio de la unidad procesal.

No constituye, por tanto, irregularidad alguna, la circunstancia de que la situación jurídica de un procesado se resuelva atendiendo unos presuntos hechos punibles que, probatoriamente, ameritan su definición, en tanto que otros, aún no establecidos con suficiencia como para una estimativa razonable sobre procedencia o no de medida de aseguramiento, se dejen para que, en el proseguir del averiguatorio, adquieran una mejor definición o negación.

Lo importante está, desde luego, en que la situación jurídica se resuelva con base en lo demostrado en autos, y que si se dispuso orden de detención, sea porque lo actuado, inequívocamente, impone tal determinación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 03/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Gutiérrez López, Jairo Antonio. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal, Tentativa de hurto calificado y agravado. Proceso: 9789. Publicada: Sí. Véase también en - Internet 428

DELACION. Independientemente de las precisas razones de técnica que impiden la prosperidad de la demanda, se advierte que el problema jurídico que la defensa de la procesada, plantea desde los alegatos de la audiencia pública de juzgamiento, han ido siempre encaminados a lograr el reconocimiento de beneficios por confesión y delación, citando como normas infringidas el artículo 45 de la Ley 30 de 1986 y el 299 del Código de Procedimiento Penal, aunque al final de la demanda solicita la aplicabilidad del decreto 1199 de 1987.

Debe, *ab initio*, descartarse el decreto 1199 de 1987 como fuente formal de derecho para la solución del problema que plantea el casacionista, pues el juicio de validez de tal norma resulta negativo para aceptarla como aplicable en este caso concreto cuyos hechos ocurrieron el 26 de febrero de 1993 y la presunta delación el 16 de marzo del mismo año (fol.49, cuaderno original), fechas para las

Pág.

cuales sólo había sido adoptado el artículo 1º, de tal Decreto* como norma permanente por el Decreto Extraordinario 2271 de 1991, cuyos supuestos de hecho, tampoco cumplía la procesada, pues la mención de una persona que para la época ya estaba muerta, impedía hacer efectiva la orden de captura - si la hubo -, e imposibilitaba fundamentar la responsabilidad penal, ya que la muerte es una causa absoluta de imposibilidad de ejercicio de la acción penal y precisamente lo que tal norma buscaba era que la acción penal pudiera ser ejercida.

Tampoco podía aplicarse el decreto 3030 del 14 de diciembre de 1990, que adoptado como legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2265 del 4 de octubre de 1991, estaba vigente para la época de los hechos, pero incluía un supuesto de hecho que lo excluía como pertinente para el asunto en concreto, habida cuenta que limitaba su ámbito de aplicación a hechos ocurridos antes del 5 de septiembre de 1990. En este punto el Tribunal yerra al afirmar que el artículo 8º del Decreto 1199 de 1987 fue reproducido por el artículo 1º del Decreto 2047 de 1990, pues se trata de dos normas totalmente diferentes, que aunque coinciden en otorgar una tercera parte de reducción de la pena, lo hacen sobre presupuestos de hecho absolutamente diferenciables.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 03/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Valderrama Millán, Carmen Teresa. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9521. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 441

DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA. El derecho de defensa se halla garantizado en la Carta Política para ser ejercitado, y muy especialmente por el profesional del derecho en quien recae la obligación de hacerlo efectivo, sea por designación oficiosa o por mandato de parte, pues él como colaborador de la administración de justicia es pieza fundamental en el engranaje procesal, que pese a la eficiencia y rectitud del funcionario judicial requiere para el equi-

---

*. - ART. 1º.- Quien suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectivo el cumplimiento de órdenes de captura dictadas con ocasión de la comisión de delitos en el territorio nacional o fuera de él, podrá ser beneficiario de una recompensa monetaria.

Esta misma recompensa podrá ser reconocida a la persona que suministre informaciones y pruebas eficaces que fundamenten la responsabilidad penal o permitan hacer extensiva a otras personas".

Pág.

libio del debate probatorio, de la sabia y prudente intervención del personero del acusado con miras a una real, imparcial y oportuna definición del asunto en litis.

Por ello asiste plena razón al señor representante del Ministerio Público cuando advierte que "Sabido es que la defensa, como garantía procesal tiene carácter absoluto y como tal, su quebrantamiento no depende de la existencia de pruebas suficientes para enjuiciar o condenar, sino de su real ejercicio técnico y material que bien podrían aportar a los órganos administradores de justicia elementos de juicio tendientes bien a la absolución del acusado, ora hacia la disminución de su pena o a la existencia de circunstancias que, en cualquier forma, le resulten favorables".

"El derecho a la defensa es de vital importancia en el desarrollo de toda actuación penal, que ha sido reconocida como fundamental y esencia misma del debido proceso por los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos, por la Constitución Política, por el Código de Procedimiento Penal y por la Jurisprudencia Nacional".

Y ante la premisa irrefutable de que no basta la nominal existencia de defensor para que esa garantía sea respetada, también comparte la Corte la afirmación del mismo funcionario, de que "La exigencia de defensa, fundamental como es, no puede quedar en el campo del mero formalismo que se agote con la designación y posesión del defensor, sino que debe manifestarse abiertamente en la actuación, de forma tal que si se produce una inactividad del abogado, el quebrantamiento del derecho solamente puede desconocerse siempre que con fundamento en lo actuado pueda descubrirse que tal abandono se utilizó como estrategia defensiva.

"En caso contrario, es decir, cuando el defensor simplemente no actúa, cuando está ausente del trámite procesal, cuando no manifiesta interés alguno por el asunto a él encomendado, no desarrolla ninguna actividad en relación con el proceso que debe atender, es evidente que la actuación nace viciada de nulidad porque no se respeta la base fundamental del proceso que requiere el ejercicio de la contradicción dialéctica entre acusación y defensa". Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 03/06/1998. Decisión: Casa y decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Tinoco Acero, Alberto. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 10003. Publicada: Sí.

Véase también en ; Internet 448

BENEFICIO ADMINISTRATIVO Permisos carcelarios. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del decreto 1542 del doce de junio del

Pág.

pasado año, el permiso administrativo por setenta y dos horas previsto en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados, uno de los cuales consiste en haber descontado una tercera parte de la pena impuesta, la que resulta de computar el tiempo transcurrido en detención y el de redención por trabajo, estudio o enseñanza. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 04/06/1998. Decisión: Niega reconocimiento provisional de redención de pena por trabajo y estudio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Daza López, Harvey. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 12388. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 455

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Su variación-Relación con la calificación del sumario. Definida la situación jurídica, con medida de aseguramiento o sin ella, el proceso continúa sin que se encuentre prevista la necesidad de volver a definirla por haberse allegado nuevos medios o ampliado la diligencia de indagatoria, máxime si se toma en cuenta que la etapa instructiva culmina con un más riguroso examen de las pruebas allegadas y de proferirse resolución acusatoria se concreta la denominación jurídica de los hechos por los cuales el procesado ha de responder. Y si el proceso sigue su curso permitiendo la posibilidad de allegar nuevos elementos de juicio, es de esperarse que los argumentos expuestos en el acto definitorio de la situación jurídica puedan verse modificados de cara a la nueva realidad procesal, sea porque se recopilaron nuevas pruebas o porque sin haber ello sucedido, se tiene una mejor comprensión del asunto. Sintetizando lo dicho, el objeto de la calificación del sumario son los hechos materia de investigación y sobre los cuales se indagó al procesado, para lo cual ninguna limitante constituye lo plasmado en el acto mediante el cual se definió la situación jurídica (Cfr. Sentencia Unica Instancia. Julio 31/97. MP. Dr Calvete Rangel).

Es así como se establece que el sentido en que haya sido definida la situación jurídica no tiene el alcance de condicionar el de la decisión calificatoria. Una postura contraria conllevaría reconocer que solamente puede calificarse el sumario con resolución acusatoria si previamente se ha afectado al procesado con medida de aseguramiento: ni eso lo dice la ley, ni esa interpretación se deduce del ordenamiento que regula la materia.

De llegar a considerarse que el sentido de la calificación está condicionado a lo decidido en la providencia definitoria de la situación jurídica, sería redundante que ambas determinaciones fueran to-

Pág.

madas durante el período instructivo, sobrando, de contera, una de ellas.

Las referencias normativas contenidas en el tipo de celebración indebida de contratos no deben ser establecidas solamente a partir de las normas específicas que gobiernan el proceso de contratación en determinada entidad, sino del resultado de integrar las generales de orden nacional que regulan la materia, más aún cuando en el texto escrito del convenio se señala expresamente que el marco jurídico que lo rige está integrado por varios cuerpos normativos.

De conformidad con las previsiones del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, son requisitos sustanciales para proferir resolución acusatoria que aparezca demostrada la ocurrencia del hecho y que existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio de prueba que comprometa la responsabilidad penal del sindicado.

Igualmente, el artículo 36 ejusdem señala como presupuestos para precluir la investigación que en cualquier momento de la instrucción aparezca plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse.

Independientemente de que la acción penal estatal para perseguir y sancionar una conducta delictual se halle prescrita, y se imponga su declaración por haber transcurrido ininterrumpidamente desde su realización el tiempo necesario para la configuración de este fenómeno jurídico, si la prueba recaudada da cuenta de haber sido efectivamente realizado el hecho, éste no desaparece por la ocurrencia del fenómeno extintivo, pues el transcurso del tiempo de suyo no le quita el carácter lesivo de bienes jurídicos tutelados. De donde se desprende que el acaecimiento fáctico demostrado puede ser tomado como evidencia de la pauta de conducta asumida en relación con otros hechos relacionados sobre los cuales la acción penal mantiene vigencia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Única instancia. Fecha: 05/06/1998. Decisión: Profiere resolución de acusación, decreta detención domiciliaria, declara prescripción por un delito, precluye instrucción por los delitos de peculado. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Acosta Bernal, Julio Enrique. Delitos: Falsedad. Proceso: 9959. Publicada: Sí

Véase también en - Internet 458

Pág.

REDENCION DE PENA-Casos en que se concede. La permanencia en reclusión es un hecho material cuyo reconocimiento no se encuentra atado a ninguna condición especial adicional. El otorgamiento de redención de pena por trabajo o estudio, por el contrario, no surge de manera automática de un certificado que haga constar la dedicación del recluso a una cualquiera de dichas actividades. Se requiere que previamente la labor haya sido determinada por el Inpec y, además, la evaluación o control del trabajo por parte de la misma entidad.

Y los anteriores requisitos no pueden ser desconocidos en ningún caso. Por lo tanto, cuando el sitio de reclusión no ha sido un centro carcelario bajo el control directo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el trabajo o estudio apto para redimir pena está sometido a iguales reglas, las cuales deben cumplirse como condición previa para acceder al descuento de pena correspondiente.

El artículo 1º de la resolución 2376 de 1997 expedida por la Dirección del Inpec determinó y definió como actividades válidas para la redención de pena por trabajo, las siguientes:

"a) Industrial: corresponde a las actividades de fabricación o ensamble de bienes intermedios o de consumo final.

"b) Agrícolas y pecuarias: corresponde a las actividades desarrolladas para la explotación económica de los recursos vegetales y/o especies animales.

"c) Artesanales: corresponde a las actividades individuales desarrolladas por internos que poseen actividades en algún arte u oficio.

"d) Mantenimiento: corresponde a las actividades desarrolladas para el embellecimiento y mantenimiento del establecimiento carcelario, exceptuándose las labores de aseo y conservación de las celdas que continúan siendo responsabilidad del interno que las ocupa.

"e) Servicios: corresponde a actividades desarrolladas en beneficio general de la población reclusa del establecimiento, tales como rancho o cocina, atención de expendios, panadería, peluquería, lavandería, monitores, auxiliares y ordenanzas, entre otros. También comprende, en centros de reclusión especial, todas aquellas actividades que beneficien a otras personas del centro, tales como instrucción, servicio en bibliotecas, mantenimiento, entre otras debidamente programadas por el director del respectivo centro.

"f) Trabajo extramuros en labores públicas, agrícolas o industriales con personas o empresas de reconocida honorabilidad, siempre que se den los presupuestos señalados en los incisos 3º y 4º del artículo 86 de la ley 65 y demás normas que lo reglamenten". Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación -Libertad-.

Pág.

Fecha: 05/06/1998. Decisión: No repone en ninguna de sus partes la providencia impugnada, expide copias, reitera al INPEC la orden de traslado de los procesos. Procesado: Benavides Melo, Oscar. Procesado: Rodríguez Daza, Pablino. Procesado: Pedraza Roa, Lelio Antonio. Procesado: Torres, José Edilberto. Proceso: 13310. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 517

LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES. De conformidad con el artículo 415, numeral 2º, del Estatuto Procesal Penal, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria, cuando lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúna el requisito establecido por el artículo 72 del Código Penal, de naturaleza subjetiva, que apunta a la personalidad del delincuente, a la conducta en el establecimiento Carcelario y a los antecedentes de todo orden. Con base en ellos se ha de examinar la readaptación social del procesado, para determinar si es merecedor a la libertad provisional por la causal invocada. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación -Libertad-. Fecha: 08/06/1998. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Lotero Alvarez, Jhon Mario. Recurrente: Tejada Serna, Edwar Alonso. Recurrente: Tejada Tobón, Héctor Alonso. Delitos: Secuestro simple. Proceso: 11398. Publicada: Si.

Véase también en - Internet 524

CONSONANCIA ENTRE LA RESOLUCION DE ACUSACION Y LA SENTENCIA-Su no exigibilidad legal frente a la medida de aseguramien.o. Es necesario recordar que, conforme a nuestro actual estructura procesal, la imputación hecha en la resolución que decreta medida de aseguramiento es eminentemente provisional, por lo cual puede ser ulteriormente modificada, no sólo como producto de los nuevos elementos de juicio allegados al proceso, sino como consecuencia de una mejor comprensión de lo ocurrido, que lleve al funcionario judicial a modificar su criterio jurídico. El sumario es, fundamentalmente, etapa de indagación, de práctica de pruebas y, por lo mismo cambiante, siendo ésta una de las razones por las cuales el contenido de la resolución que define la situación jurídica no puede condicionar el de la providencia calificatoria, siendo sí necesario que ésta verse sobre los hechos controvertidos en la instrucción y con relación a los cuales se indagó al procesado.

La única imputación definitiva, tanto fáctica como jurídicamente considerada, es la que se hace en la resolución de acusación, de manera tal que la controversia probatoria, que en la fase sumarial

Pág.

fue amplia, se circunscribirá a debatir los precisos cargos contenidos en esa determinación, limitándose la sentencia a resolverlos y debiendo, por lo tanto, ser congruente con ella.

Como consecuencia, la consonancia sólo se requiere entre el pliego acusatorio y la sentencia, pero no se hace extensiva a las demás decisiones que se tomen en la etapa instructiva, entre ellas, la que define la situación jurídica, sea que se decrete o no medida de aseguramiento.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Unica Instancia. Fecha: 09/06/1998. Decisión: No repone auto por medio de cual se profirió resolución de acusación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Roa Vanegas, Miguel Antonio. Delitos: Receptación. Falsedad marcaria. Proceso: 10242. Publicada: Sí. Salvamento Parcial de Voto Dr. Carlos A. Gálvez Argote.

Véase también en - Internet 527

LIBERTAD PROVISIONAL/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. Es cierto que la libertad provisional es un derecho del acriminado, pero no hay que olvidar que surge cuando se cumplen todos los requisitos, los cuales deben ser verificados por la autoridad que conoce del proceso.

El numeral 8º. del artículo 415 del Código de procedimiento penal señala que hay lugar a la libertad provisional, "En los eventos del inciso primero del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y la indemnización de los perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia". Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel

Unica Instancia. Fecha: 10/06/1998. Decisión: Concede libertad provisional previa caución prendaria. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Gómez Hermida, José Antonio. Proceso: 13702. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 538

RESOLUCION DE ACUSACION-Intangibilidad /TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA. Salvo los casos de excepción en que rige el sistema inquisitivo de procesamiento, en Colombia se adoptó uno mixto con tendencia acusatoria, en el que ejecutoriada la resolución de acusación e iniciada la etapa de juzgamiento, el fiscal pierde la dirección del proceso y adquiere la calidad de sujeto procesal y aunque conserva la función acusadora, no puede variar o adicionar la acusación, que debió formular en su

totalidad en tal proveído, de manera que el enjuiciado tenga certeza de que se debe defender de ella, exclusivamente. El debate que en la fase sumarial fue amplio se circunscribirá a los precisos aspectos contenidas en tal decisión.

El trámite especial de sentencia anticipada sigue, en general, estos mismos principios, y si se considera que el acta de formulación de cargos es equivalente a la resolución de acusación, podremos sacar las siguientes conclusiones.

1. Es intangible, pues ni el fiscal ni el juez tienen competencia para variar o adicionar la acusación, esto es, para introducir modificaciones a la imputación hecha y aceptada.

2. El juez, por lo tanto, deberá dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, debiendo existir congruencia entre aquella providencia y el acta de formulación y aceptación de cargos.

3. La intangibilidad de la acusación no impide, según criterio mayoritario de la Sala, que el juez, al proferir el fallo, puede atenuar la responsabilidad, aunque no agravarla, pero sin desconocer la denominación jurídica imputada, esto es, manteniendo la identidad del género delictivo.

4. La incompetencia del juez para variar la acusación, no obsta para que como supremo garante de la legalidad pueda anular la citada acta cuando advierta que se violaron las garantías fundamentales o que en la misma se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción.

En el caso de la sentencia anticipada existe una razón adicional para respetar la intangibilidad de la acusación y es la de que en el procedimiento ordinario, el pliego de cargos es obra exclusiva del fiscal y consecuencia de la prueba practicada y controvertida en la fase sumarial y, en cambio, en el evento de este especial trámite es fruto de la concurrencia personal del fiscal y del procesado quien participa activamente no solo cuando manifiesta la intención de someterse a él, sino cuando muestra su conformidad con los cargos formulados por aquel y con base en ellos, y no en otros más gravosos, accede a ser inmediatamente condenado. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 10/06/1998. Decisión: Casa en el sentido de invalidar lo actuado a partir del auto del 31 de enero de 1994. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Recurrente: Serrano Cuevas, Antonio María. Delitos: Homicidio. Proceso: 9830. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 541

Pág.

ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ TESTIMONIO/ ERROR DE PROHIBICION 1. En la concreta modalidad de error de hecho, alegada acá por el censor por falso juicio de identidad se incurre, cuando el fallador, en la apreciación de una determinada prueba le hace decir lo que ella objetivamente no reza, erigiéndose en una tergiversación o distorsión, por parte del juez, del contenido material del medio probatorio, bien porque se la coloca diciendo más de lo que encierra o haciéndole expresar menos de lo que el texto dice; insuficiente resulta, por demás, la mera relación de la prueba material a que se refiere el error, sino que es indispensable acreditar lo que ella objetivamente demuestra, para derrumbar la equivocada conclusión que en relación con el medio de prueba contiene el fallo atacado (Sentencia de Casación de Agosto 25 de 1994; M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez) y, complementariamente, la obligación para el recurrente de incursionar en el examen de la nueva situación probatoria, tendiente a demostrar la trascendencia del error y señalar las normas sustanciales indirectamente violadas por falta de aplicación o aplicación indebida.

2. El testimonio único, purgado de vicios, ostenta capacidad de llevar al convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado. Al respecto, así se expresó la Corte:

"... Debe advertirse, por último, que si a la luz de nuestro sistema probatorio resulta no controvertible que el testimonio único puede ser elemento bastante para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado, no lo es menos que para merecer suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos.

"El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos y deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación..." (Casación de marzo 9 de 1995; M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

3. Confunde el recurrente esta institución penal con otra que, a pesar de tener algún referente común, es lo cierto que presentan grandes rasgos diferenciales, como quiera que la relacionada por el defensor es la conocida causal del "Error de Prohibición", una de cuyas variantes es la "Defensa Putativa", como causal excluyente de culpabilidad, que entre otras cosas, presupone la existencia del elemento antijuridicidad. En la primera, la injusta agresión tiene existencia en el plano fenomenológico y el agredido se ve precisado a responder a ella: en la segunda, se obra con la convicción errada e invencible de estar amparado por una causal de justificación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Ca-

Pág.

sación. Fecha: 10/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Santos Gómez, Julio César. Delitos: Homicidio. Proceso: 9667. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 551

SANA CRITICA/ VIGENCIA DE LA LEY-Ley 40 de 1993

1.- Cuando el disentimiento del demandante con el criterio probatorio del fallador es solo de convicción sobre la interpretación que debió éste dar a la prueba, no por causa de errores de hecho o de derecho en el examen de esa misma prueba, que en sana crítica puedan derivar hacia la conclusión probatoria que él propone, el asunto deja de ser tema casacional porque a la Corte le está vedado aceptar como causales de desconocimiento de las decisiones de segunda instancia circunstancias distintas a las previstas en la Ley para tal efecto.

2.- En verdad el artículo 158 de la C.N. está concebido como mecanismo de regulación de la facción de los proyectos de Ley en el Congreso de la República para lograr, como bien lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia citada por la Procuraduría, "que las distintas disposiciones que se insertan en un proyecto de ley guarden la debida relación o conexidad con el tema general de la misma, o se dirijan a un mismo propósito o finalidad, o como tantas veces se ha dicho, 'que los temas tratados en los proyectos tengan la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen'. Con ello se busca evitar que se introduzcan en los proyectos de ley preceptos que resulten totalmente contrarios, ajenos o extraños a la materia que se trata de regular en el proyecto o a la finalidad buscada por él.".

Estando el dispositivo superior en comentario, destinado a incidir en la formación de la Ley, mas no en ésta como definitivo y sistemático cuerpo ideológico originado en el legislador, que promulgada es la que surte sus efectos, mal puede el casacionista pretender que la publicación de que habla el precepto sea para que estos se produzcan en la comunidad; esa publicación echada de menos es para procurar el objetivo de la correcta facción de la Ley de conformidad con los hitos prealudidos; por ello asiste la razón al Procurador al afirmar que la publicación de la ley que es objeto de reforma parcial debe hacerse en la Gaceta del Congreso, como que conocida así en su integridad por el legislador, le permite proveer a su correcta formación. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 10/06/1998. Decisión: Desestima la demanda.

Pág.

casa de oficio y parcial en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Torres Pabón, Jhon Alexander. Delitos: Homicidio agravado. Tentativa de hurto calificado y agravado. Proceso: 10390. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 566

IRA E INTENSO DOLOR-Error frente a la atenuante. La jurisprudencia colombiana sobre el artículo 28 ha tratado muchas veces la provocación objetiva o real, que consiste, según ella, en "irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje", pero no se había pronunciado aún, como lo hace ahora, respecto de la provocación subjetiva, que, como está expuesto, no debe dejar de reconocerse ya que las normas rectoras de la culpabilidad no solo no lo impiden sino que permiten aceptarla".

En efecto, si de conformidad con el artículo 40.3 del Código Penal, la realización del hecho con la convicción errada e invencible de que se está amparado por una causal de justificación, sirve como base para aceptar el tipo permisivo que da lugar a la legítima defensa excluyente del juicio de responsabilidad, con igual razón y lógica jurídica debe sostenerse como condición fundamentadora válida para disminuir la reprochabilidad de la conducta.

Sin embargo, lo que verdaderamente importa precisar, es que no cualquier error posibilita aceptar la atenuante. A este propósito es determinante analizar la subjetividad del agente, es decir, lo que se representa condicionado por sus circunstancias personales, debiendo obrar prueba suficiente que permita reconocer la existencia de un motivo o causa objetiva que conduce a deformar el conocimiento de la realidad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 10/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Recurrente: Albarracín Silva, José Eudaldo. Delitos: Homicidio. Proceso: 10192. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 574

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Libertad Provisional/COMPETENCIA. La Corte ha sostenido reiteradamente que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de redención de pena en la forma legalmente prevista, y de libertad provisional con fundamento en las previsiones del numeral 2° del artículo 55 de la ley 81 de 1993, toda vez que en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este

numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", es decir, el instructor, el juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

La Constitución y la ley determinan la competencia de cada servidor judicial, y entre las funciones encomendadas a la Corte, en casación, no está la de atender peticiones de la naturaleza indicada, que además requiere el análisis de las pruebas de responsabilidad legalmente producidas en el proceso, competencia que la Sala solo tiene en los casos de única instancia y, en el recurso extraordinario de casación de que se trata actualmente, al momento de revisar el fallo impugnado, pero no a través de un pedimento como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido proceso. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 11/06/1998. Decisión: Se abstiene de emitir pronunciamiento, ordena se envíe copia de la petición a la Dirección de la Penitenciaría Nacional de Colombia para lo de su cargo. Procesado: Rodríguez Hernández, Luis Enrique. Delitos: Homicidio. Proceso: 11554. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 584

LIBERTAD CONDICIONAL-Sanción finalmente impuesta. Cuando el artículo 72 A del Código Penal alude a que el juez concederá la libertad condicional, camino que de ser viable permite la excarcelación, al condenado a pena privativa de la libertad mayor de 3 años, es claro que se refiere a la sanción punitiva finalmente impuesta, luego de definidos factores referentes a circunstancias de agravación y atenuación (genéricas y específicas), diminuente de la ira, rebaja por confesión, terminación anticipada del proceso, colaboración con la justicia, etc., y no como parece entenderlo el defensor a aquella estimación de la cual se deducen "beneficios por sentencia anticipada", en tanto esa no es la pena fijada por el juez, ni tampoco la que le corresponde descontar al procesado, que como ya se dijo, no es otra que la realmente fijada.

Cuando el artículo 72 del Código Penal alude a la personalidad, impone un pronóstico valorativo sobre el modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, estudio que también comprende la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana expresiva de la personalidad a esclarecer. . Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación -Libertad-. Fecha: 11/06/1998. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal

Pág.

Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Peña Vargas, María Luisa. Delitos: Hurto agravado. Falsedad por destrucción de documento privado. Proceso: 13902. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 587

COLISION DE COMPETENCIA/ TRAFICO DE MONEDA FALSA. Ni el lugar de preparación de los hechos, ni el escogido para introducir en el torrente comercial el dinero espurio, válidamente pueden oponerse como factor de competencia territorial al escenario donde en forma apodíctica ocurre la conjugación de otro verbo rector alternativo de la conducta abstractamente descrita en el artículo 208 del Código Penal, el cual por su revelación ante los miembros del Cuerpo Técnico de la Fiscalía permitió la captura de los aliados para el concierto delincuencial del tráfico de moneda falsa. Es decir, de acuerdo con las comprobaciones que han impulsado el proceso hasta el proferimiento de la resolución de acusación, no cabe hesitación alguna de que la flagrancia mostró la realización del tipo penal contra la fe pública en esta ciudad capital. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 11/06/1998. Decisión: Desata el conflicto negativo declarando competencia al J. 33 P.C. de Bogotá. Procedencia: Juzgado 5º Penal del Circuito. Ciudad: Ibagué. Procesado: Montero De Arias, Consuelo. Procesado: Pérez Baron, Jorge Tulio. Procesado: Moreno Romero, Román. Delitos: Tráfico de moneda falsa, Concierto para delinquir. Proceso: 14310. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 591

SENTENCIA ANTICIPADA-Oportunidad. Despejada la inquietud constitucional de la Delegada, entra la Sala a ocuparse del punto propuesto en la demanda y prohijado por la Procuraduría, esto es, la incidencia de la ejecutoria del cierre de investigación en la oportunidad para solicitar la sentencia anticipada. Siguiendo orientación sistemática en la interpretación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y del ordenamiento jurídico, tiene definido la Corte, por mayoría, que la oportunidad se proyecta hasta la ejecutoria de la resolución del cierre. Es así que en fallo de 16 de abril del año en curso (Cas. 10.397, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar), expresó lo que aquí se reproduce, frente al tema tratado:

"De la norma y el método de interpretación antes expuestos, se infiere que una exigencia fundamental en la interpretación jurídica, como paso previo a su aplicación, es la de la preservación de la

unidad o carácter sistemático del ordenamiento jurídico. Por ello, la expresión 'antes de que se cierre la investigación', no puede entenderse como escuetamente la dispone el artículo 37 del C. de P. P., sino que es necesario precisarla conforme con las definiciones y matizaciones que de la figura se hacen bien sólo dentro de la ley de procedimiento penal ora dentro del resto de reglas y principios del ordenamiento jurídico y , en especial, de las normas constitucionales.

Así entonces, para precisar el 'antes', como momento que precede ese algo que se discute, previamente debe saberse cuándo se entiende jurídicamente 'cerrada la investigación', no desde una perspectiva imaginada solamente a la luz del artículo 37 del C. de P. P., que no define el asunto y apenas lo tiene como punto de referencia para situar un plazo legal, sino desde la óptica más clara y directa de las siguientes normas:

Según lo dice el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, el cierre de la investigación jurídicamente se produce por medio de una providencia de sustanciación notificable personalmente, en contra de la cual sólo cabe el recurso de reposición, y que simplemente hace tal declaración y ordena que el expediente pase a despacho para calificar, previo traslado por ocho (8) días a las partes para que presenten sus alegaciones.

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 196 y 197 del mismo ordenamiento procesal, las providencias quedan ejecutoriadas, es decir, en firme respecto de su contenido declarativo (cierre de investigación) y dispuestas para ejecutar lo que de ellas se deriva (traslado y calificación sumarial) , cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación, si no se han interpuesto recursos y no deban ser consultadas, o una vez se hayan decidido las impugnaciones. Esta disposición general se reitera en el referido artículo 438, cuando dice que el traslado a los sujetos procesales para alegar sólo 'se ordenará' (sería más técnico decir 'se cumplirá'), una vez 'ejecutoriada la providencia de cierre de investigación'.

También el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, inmerso dentro del título del 'efecto y ejecución de las providencias' dispone que sólo podrá exigirse la ejecución de las decisiones judiciales una vez ejecutoriadas.

Se concluye parcialmente que ese 'antes' escrutado no se agota con la mera declaración de cierre de investigación, sino que se proyecta hasta la ejecutoria de la respectiva providencia. Aunque se pensara, en gracia de discusión, que el genuino querer de los redactores de la

Pág.

ley se orientaba a sellar la oportunidad con el sólo proferimiento de la resolución, lo cierto es que no fue eso lo que expresaron claramente en el texto normativo, y por ello se impone esta suerte de interpretación contextual o sistemática que, frente a la ambigüedad de la letra de la ley, es el único método que suministra seguridad jurídica, uno de los valores fundamentales del derecho -aunque no el único-, en el sentido de que fijar como punto de llegada la ejecutoria de las resoluciones es algo que, no sólo por su sentido jurídico-sistemático sino también por su ambientación en la práctica judicial para otras instituciones, resulta más fácil de prever a los destinatarios de la norma. Magistrados Ponentes: Dr. Dídimo Páez Velandia y Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 11/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Poveda Vargas, Nelson. Delitos: Homicidio. Proceso: 10327. Publicada: Sí. Salvamento Parcial de Voto Dr. Dídimo Páez Velandia. Salvamento Parcial de Voto Dr. Jorge Córdoba Poveda. Salvamento Parcial de Voto Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

Véase también en - Internet 595

LIBERTAD PROVISIONAL/ PENA-Se tiene en cuenta la impuesta por el Tribunal. Con relación a la última hipótesis planteada por la libelista, la cual no fue materia de discusión ni de debate en la decisión que se recurre, debe advertírsele que en virtud de la distribución de funciones judiciales y del esquema de nuestro sistema procesal penal, la sentencia de primera instancia fue revocada por la de segunda, la que se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que solamente se desvirtuaría de resultar próspero el recurso extraordinario de casación.

Por consiguiente, ante dicha jerarquización y estructura, la pena señalada en la sentencia del Tribunal, como juez de segunda instancia, es la que se debe tomar en cuenta para efecto de los cómputos de que trata el numeral segundo del artículo 415 idem y no la fijada en la decisión de primer grado.

Tampoco puede hablarse de: "favorabilidad", como lo pretende la peticionaria, pues tal principio solo es aplicable en el caso de tránsito legislativo. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación -Libertad-. Fecha: 17/06/1998. Decisión: No repone, niega por improcedente la petición. Procesado: Barón Zambrano, Rocío Del Pilar. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 13969. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 616

Pág.

IMPEDIMENTO-Interés en el proceso. "Art. 103.- Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

"1ª). Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tenga interés en el proceso"

"2ª.- (...)".

Tal como la Sala lo tiene establecido, el "interés en el proceso", erigido como causal de impedimento en la norma transcrita, es aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

Para que la manifestación de impedimento por parte del juzgador, o la recusación que le formulen quienes intervienen en el proceso, alcancen el fin propuesto -la separación del conocimiento de un determinado asunto-, las taxativas causales que se aludan deben cimentarse en circunstancias que exhiban como particular el interés -no general-, y que por afectarle directa o indirectamente puedan alterar su objetividad en la ponderación de juicio.

El poner en conocimiento de las autoridades competentes hechos que, sin afectarlo directa y personalmente, podrían constituir hipótesis delictivas, no entraña la asunción de una posición judicial determinada que comprometa el criterio del funcionario que así procede, haciendo surgir en él las expectativas a que se ha hecho referencia, pues lo que tal proceder comporta es una relación general y no "intuitu personae", emanada del desempeño de sus funciones, e inidónea por ende para restar libertad de análisis a quien se limitó a cumplir con el deber de denunciar un presunto hecho punible del que "por cualquier medio" tuvo conocimiento (art. 25 del Código de Procedimiento Penal).

Resultaría paradójico, y por ello absurdo, en un plexo normativo que sistemáticamente se construye sobre fundamentos de coherencia, que se ordene al servidor público, de acuerdo con las reglas de competencia, iniciar sin tardanza la investigación de los hechos punibles que por cualquier medio lleguen a su conocimiento, o de no ser competente para ello ponerlos en conocimiento de quien sí lo es, y, a su vez, que el cumplimiento de este deber se constituya en motivo de inhibición para conocer del mismo asunto. Magistrado

Pág.

Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Impedimento. Fecha: 17/06/1998. Decisión: Declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Procesado: Barco López. Ruben Darío. Procesado: Saffon Botero, Germán. Delitos: Prevaricato por omisión, Daño en los recursos naturales. Proceso: 14104. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 618

NOTIFICACION-Sentencia. No es argumento válido el que se afirme que la sentencia debe ser notificada personalmente al procesado, pues bien sabido es que, de conformidad con el artículo 188 del C. de P.P., esta modalidad es exigida respecto del sindicado que se encuentra privado de la libertad y del Ministerio Público. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz). Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Recurso de Hecho. Fecha: 17/06/1998. Decisión: No concede el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Parra Hamman, José Fernando. Delitos: Falsedad en documento privado. Proceso: 14519. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 622

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ RESOLUCION DE ACUSACION. La resolución de acusación es el pliego concreto y completo de cargos precisados tanto fáctica como jurídicamente, que se hacen al procesado para que frente a ellos ejerza el derecho de defensa. Pero para que tal derecho tenga cabal operancia, el acusado debe tener certeza sobre las imputaciones hechas, motivo por el cual no se le puede responsabilizar en la sentencia por circunstancias de agravación no deducidas en el calificatorio.

Ha dicho al respecto la Sala: "El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución acusatoria, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas"* .

El debate que en la fase sumarial fue amplio se circunscribirá a los precisos cargos contenidos en tal decisión. Como consecuencia, la sentencia se limitará a resolverlos, debiendo, por ende, ser congruente con la misma, "sin que pueda introducir hechos no comprendi-

* (Sentencia de agosto 2 de 1995. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Pág.

dos en ella, ni cambiar la denominación jurídica, ni deducir agravantes, ni suprimir atenuantes, ni hacer más gravosa la situación del enjuiciado"**.

Cuando el cargo se imputa, clara e indubitablemente, en el pliego acusatorio, pero por inadvertencia se omite mencionar el precepto que lo describe, no se rompe la armonía que debe existir entre él y la sentencia, pues ello implicaría sacrificar la sustancia por el simple formalismo y lo esencial por lo adjetivo. De ahí que se estime conveniente, pero no necesario, la mención del artículo, parágrafo o inciso contentivo de la agravante específica y de la agravante genérica no objetiva. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 17/06/1998. Decisión: Casa y fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Recurrente: Roa Gámez, Víctor Manuel. Delitos: Homicidio. Proceso: 9756. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 626

CASACION-Incidentes ajenos al recurso/ MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Cambio. Esta Sala ha sostenido en varias oportunidades que no le asiste competencia para resolver incidentes, peticiones y trámites ajenos a la esencia del recurso extraordinario de casación, cuando por razón del mismo, el proceso se encuentre ante esta Corporación.

Excepcionalmente se ha manifestado la posibilidad de resolver solicitudes de libertad cuando se trate de las eventualidades señaladas en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el legislador dispuso en la misma norma que la decisión atinente a la libertad provisional por pena cumplida, será tomada en cualquier estado del proceso.

Como corolario de lo anterior se infiere que la Corte carece de facultad para decidir sobre la sustitución de la medida de aseguramiento, pues la competencia durante el trámite de la casación se limita a las cuestiones inherentes al recurso mismo, sin que pueda revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de tal medida, ya que ello implicaría formular, prematuramente, juicios de valor sobre la juridicidad de la sentencia censurada. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 23/06/1998. Deci-

** (Véase, entre otras, casación 9196, mayo/96, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia; auto abril/98, segunda instancia 13.508, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; casación 9845, mayo 20/97, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Pág.

sión: Niega petición elevada por el procesado. Procesado: Cruz Baquero, Miguel Antonio. Proceso: 13984. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 634

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos. Respecto de los requisitos formales para la admisión del recurso de casación discrecional, múltiples han sido las decisiones de la Sala en torno al tema. Basta citar el pronunciamiento del 1° de marzo de 1996, en el que se dijo:

"1.- Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a seis años; o no privativa de la libertad; y si lo fue por el circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

"2.- Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P.P.).

"3.- Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, el Procurador o su Delegado (art. 218 ibidem, subrogado por la ley 81 de 1993, art. 35).

Como lo ha repetido la Sala, para que proceda la casación discrecional, no basta que se diga sobre qué aspecto particular se demanda el pronunciamiento, sino de qué manera la decisión de la Corte permitiría una solución distinta y favorable al caso concreto, lo que implica que debe existir íntima relación entre el desarrollo jurisprudencial solicitado y la resolución judicial que se busca demandar en casación. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación Discrecional. Fecha: 24/06/1998. Decisión: No concede el recurso extraordinario de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Nelva. Procesado: Bermúdez Londoño, Luz Diryam. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 14473. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 636

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / FALSEDAD EN DOCUMENTO-Como se prueba. La Corte siempre ha llamado la atención sobre la necesaria diferencia conceptual y práctica entre las dos formas de violación previstas en los dos incisos del numeral 1° del artículo 220 del C. P. P. (directa e indirecta), pues la primera supone una conformidad absoluta del recurrente con los hechos y la prueba, de modo tal que el debate se circunscribe a la

Pág.

aplicación del derecho. Cuando se ha proclamado la transgresión directa, a pesar de lo cual el actor intercala reparos sobre la formación o mérito de la prueba, se incurre en fatal contradicción porque este segundo matiz indica un ataque integral sobre los hechos y el derecho, y no solamente en relación con el segundo.

La falsedad de documentos que puedan servir de prueba no se establece con meras afirmaciones de las partes, pues el Código de Procedimiento Civil determina todo un procedimiento incidental denominado "tacha de falsedad", cuyo final señala lo pertinente.

El falso juicio de identidad se caracteriza por una operación puramente material de desfiguración del medio de convicción; al paso que el falso juicio de legalidad tiene que ver con una afrenta al método de formación de las pruebas. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Casación. Fecha: 24/06/1998. Decisión: Rechaza in límine la demanda presentada por la parte civil, declara ajustada la demanda presentada por la defensora. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Pintor Cruz, José De Jesús. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo, Homicidio. Proceso: 14355. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 640

FUERO-Congresista / COMPETENCIA-Corte Suprema de Justicia. Debe recordarse que la causal de nulidad que primeramente invoca el censor, es por incompetencia, habida cuenta de que estima que la Constitución derogada en su artículo 107, vigente por la época de los hechos, disponía que los miembros del Congreso no podían ser aprehendidos ni llamados a juicio sin permiso de la Cámara a que pertenecieran, por cuya razón esta regla debía ser aplicada a la hora de ahora y por Juez inferior a la Corte, ante el cual pudiera actualizar los recursos ordinarios y los extraordinarios.

A este propósito debe igualmente la Corte recordar que la Carta Política en cita, tuvo vigencia hasta el mes de julio de 1991, al ser derogada expresamente por la que la sucedió y que al tiempo de este tránsito de legislación no resultaba posible la aplicación del artículo 107 invocado, toda vez que a la sazón la investigación estaba aún a cargo de la Procuraduría General de la Nación, ente que no era el llamado a aplicar, por elementales razones, las previsiones de este canon constitucional, y que solo hasta el 6 de mayo de 1992 remitió la actuación a esta Corporación por encontrarse la comisión de hechos sometidos a su competencia.Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Única Instancia -Reposición-. Fecha: 25/06/1998. Decisión: No repone providencia del 03 de junio de 1998.

Pág.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Lozano Osorio, Jorge Tadeo. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 8041. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 646

CASACION DISCRECIONAL/ TERMINO/ PERJUICIOS. 1. La casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, el Penal Militar y el Nacional, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, o como en el presente caso, los proferidos así mismo en segunda instancia por un Juzgado Penal del Circuito.

Dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia, se debe interponer el recurso y sustentar el motivo que determine la viabilidad de la admisión, sea para procurar el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de un derecho fundamental violado en las instancias.

2. Es al Juez a quien corresponde prudencialmente señalar el valor del daño moral no susceptible de valoración pecuniaria (art. 106 C. P.), que "escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el Juez dentro del límite máximo fijado por la ley", como lo ha indicado la Sala desde tiempo atrás (sentencia del 26 de agosto de 1982, M. P. dr. Darío Velásquez Caviria, negrilla ausente en el texto original).

El legislador, dentro de la política criminal, de la misma manera que establece unos topes de pena de mayor o menor severidad y graduaciones según la nocividad del delito, el bien jurídico tutelado, las repercusiones sociales, familiares y personales del agravio, su modo de realización, la magnitud del irrespeto a las normas de convivencia, el mal uso de la libertad, etc., puede seleccionar cuáles hechos delictivos son susceptibles de que se postergue la ejecución de la pena, para permitirle al Juez librar condicionalmente de sus consecuencias a quienes no parezcan requerir "tratamiento penitenciario", observada su personalidad y, ya en el caso particularizado, la naturaleza y modalidades del hecho punible. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación Discrecional. Fecha: 25/06/1998. Decisión: No concede el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito. Ciudad: Bello. Procesado: Ramírez Pabón, Jhon Fredy. Procesado: Rivillas Castro, Luis Evelio. Delitos: Tentativa de extorsión. Proceso: 13695. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 653

Pág.

NULIDAD/ REFORMATIO IN PEJUS. 1. En tratándose de demostrar la causal de nulidad, cuando ella se funda en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, o la violación del derecho de defensa, no basta con mencionar que la actuación cumplida, y en la cual se dictó el fallo objeto de ataque, contiene una irregularidad; es imperativo para quien acude a esta clase de planteamiento, poner en evidencia ante la Corte, con examen del trámite realmente observado, cómo está configurada, cuáles son sus contornos; pero, principalmente, su trascendencia; precisando cómo es el procedimiento correcto, y en qué aspecto resultó desconocido o modificado a consecuencia de la incorrección que se dice se ha presentado. Si de lo que se trata es de apoyar la demanda en la violación del derecho de defensa, así mismo se ha dicho, es carga para el impugnante demostrar, igualmente con referencia al procedimiento observado, cómo la irregular actuación le privó de efectivas oportunidades de defensa, con indicación, en relación a este último aspecto, de las actuaciones que de haber sido llevadas a cabo habrían reportado consecuencias favorables al reo.

2. Es criterio de la Sala que la prohibición de reforma en lo peor ha de presuponer la observancia de la legalidad, entendida ésta como principio ordenador del Estado de Derecho. Así mismo, ha sido entendido que tal ordenación de principios ni niega ni degrada la noción constitucional que de nuestro Estado trae la constitución de 1991, como tampoco sus proyecciones en el campo de la elaboración jurisprudencial, sobre todo en cuanto ella tiene que ver con la llamada jurisprudencia de valores, que no "jurisprudencia de opiniones", como llamaba la atención García de Enterría que no debía confundírsele. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Recurrente: Gamboa, Jairo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9822. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 659

PRUEBA-Oportunidad para practicarla/ DOCUMENTOS. 1. En el ámbito demostrativo, tema particular que en esta oportunidad más interesa, concentra el acto la práctica de las pruebas previstas para la etapa de la causa, "excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos"; pero además de las dispuestas de antemano (art. 447, C.de P.P.), y obedeciendo los principios de publicidad, lealtad, contradicción, imparcialidad e igualdad, es la audiencia ocasión para adicionar los medios que "surgieren" y fueren necesarios, y aún aquellos que de oficio halle el juez indispensables, con la invariable mira del suficiente esclareci-

Pág.

miento de los hechos como fin primordial de las actividades probatorias, en las que es deber expreso del funcionario judicial la búsqueda de la "verdad real" (cfr. artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 246, 247 y 249 ibídem).

De esta manera conciliará el juez su intervención de neutral director del acto, con la de garante de los derechos de los sujetos procesales, y partícipe imparcial en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, lo que le va a implicar no solamente el máximo cuidado en el decreto y práctica de medios, sino también cautela para que nunca puedan éstos convertirse en vía de sorprendimiento para alguno de los intervinientes procesales, a quienes debe dar la posibilidad de conocerlos y controvertirlos, si es menester, con la aducción de nuevas pruebas y la prolongación o aplazamiento del debate, siempre y cuando agote, por lo demás, esa práctica de pruebas, antes de darle curso a la intervención oral. 2. De conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el 1-117 del Decreto 2282 antes citado), también reciben valor probatorio de originales las copias autorizadas por "Secretario de Oficina Judicial, previa orden del juez".Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1998. Decisión. Desestima la demanda y casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Procesado: Rocha Fuentes, José Antonio. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 9290. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 672

JUSTICIA PENAL MILITAR/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. Dada la especialidad de la Justicia Penal Militar, en ella, el punto de referencia de la acusación, y luego de comparación con la sentencia, no es la Convocatoria a Consejo de Guerra, sino el cuestionario que se le formula a los Vocales, pues además de que así se desprende del texto del artículo 673 del C.P.M., que obliga a redactarlos "de conformidad con la prueba que aparece en el proceso", y no con alguna pieza procesal, ya de antes, y comentando una disposición que inclusive sí condicionaba esa redacción del cuestionario "al auto de proceder" (artículo 559 del Decreto 0250 de 1958), así lo había dilucidado la Corte en pronunciamientos como el de 8 de mayo de 1981, del cual fuera ponente el Magistrado Doctor Dante Fiorillo Porras, y en donde se afirma que:

"Conforme reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte *la decisión que* en el trámite de los juicios mediante Consejos Verbales de Guerra *se equipara al auto de proceder* del procedimiento ordinario no es, como con frecuencia se estima, la resolución de convocatoria

Pág.

de tales consejos, sino *el cuestionario que se somete a la consideración de los vocales*, de modo que lo que importa saber para estudiar la consonancia entre el veredicto y la sentencia no son los hechos en que se funda la resolución de convocatoria, sino aquellos, por los cuales se interroga a los vocales, que se incluyen en el respectivo cuestionario" (resaltado fuera de texto). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Procesado: Payán Neri, Oscar Alfredo. Delitos: Privación ilegal de la libertad. Homicidio agravado. Proceso: 10995. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 687

ACCION DE REVISION-Extinción de la acción. Para que la causal segunda de revisión sea procedente se necesita que la circunstancia objetiva de extinción de la acción esté acreditada en el expediente, y sin embargo, pese a ello, el proceso se hubiere iniciado o proseguido terminando con una sentencia condenatoria.

Es cierto que la atipicidad plenamente comprobada da lugar a que en el curso del proceso se extinga la acción penal mediante la preclusión, pues ese puede ser uno de los temas objeto del debate, pero culminada la actuación con sentencia ejecutoriada los hechos adquieren la condición de cosa juzgada, de manera que no es procedente, so pretexto de la acción de revisión, continuar debatiendo sobre lo ya resuelto.

La no responsabilidad de un condenado puede dar lugar a la acción de revisión pero por otras causales, como por ejemplo cuando surjan hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, o cuando se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo objeto de revisión fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero, o se fundamentó en prueba falsa, pero no puede, contrariando la realidad procesal, dar por probado lo que por otra vía podría ser objeto de la revisión, para alegar que cuando se dictó el fallo existía una causal no objetiva de extinción de la acción penal, pues la sentencia que se ataca dice lo contrario, y está cobijada por la doble presunción de acierto y legalidad. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Acción de Revisión. Fecha: 25/06/1998. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza in límine la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Pardo Hernández, Carlos Arturo. Delitos: Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 14385. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 699

Pág.

COPIAS-Expedición/ INDICIO/ ERROR DE HECHO/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ SUBROGADO PENAL/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Esta Corporación ya ha sentado el criterio de que la falta de vinculación de uno o varios imputados, no constituye una irregularidad, pues sería susceptible de superarse mediante la orden de expedición de copias, ya que si bien el artículo 88 del C de P.P. ordena que por cada delito habrá de adelantarse una sola averiguación penal, sin importar el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

Cuando se ataca la prueba indiciaria se corre el riesgo de oponer al criterio del juzgador una apreciación subjetiva y personal, postura que resulta inaceptable para los fines del recurso donde la pretensión de derrumbar el fallo de instancia no se puede hacer sobre la base de simples discrepancias valorativas.

Pero alegar el ERROR DE HECHO resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de la experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimiento y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia". (Febrero 13 de 1995, M.P., Dr Carlos E. Mejía Escobar).

Ha sido criterio de esta Corporación que aún siendo las circunstancias genéricas de agravación punitiva uno de los factores a tener en cuenta al momento de realizar la dosificación de la punibilidad, es necesario que aquellas de índole valorativa sean expresamente deducidas desde la acusación para que puedan luego ser consideradas por el fallador, a efectos de garantizar el derecho de defensa del procesado y la estructura básica del proceso.

Pág.

2. Siendo la preparación ponderada del hecho punible un ingrediente sicológico o subjetivo que se concreta en preordenar y reflexionar los actos tendientes a la realización del hecho criminoso, a la hora de su deducción en la acusación para poder ser derivada el fallo, es necesaria su motivación.

No sucede lo mismo con la circunstancia contenida en el numeral 11 de la norma en referencia, (la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por cargo, oficio o ministerio), que por lo general implica un juicio de valor. Aunque en el caso de altos funcionarios del Estado, suele ser de carácter objetivo. Pero ya respecto de abogados litigantes por sí sola no tiene esas implicaciones; el cargo, oficio o ministerio, a los que se refiere la agravante, no es solamente aquél ejercicio de una profesión que requiera de conocimientos especiales, sino aquella actividad que por su preeminencia y reconocimiento dentro de la sociedad exige de quien lo ejecuta, la concurrencia de valores éticos y morales e incluso, en muchos casos, una cierta posición jerárquica, con facultades de representar, disponer y gozar de ciertos privilegios, acordes con la actividad que desempeñe.

Si bien el ejercicio de la abogacía requiere de una especial preparación para el eficaz desempeño de dicha labor, no por ello se puede deducir la agravante en comento por el solo hecho de que el sujeto activo sea un profesional del derecho, porque este factor por sí solo, no tiene la connotación que en ella se involucra.

Ahora bien, el artículo 68 del Código Penal autoriza suspender la ejecución de la sentencia cuando la personalidad del condenado, la naturaleza del hecho o sus modalidades, permitan suponer que no requiere tratamiento penitenciario.

Ese juicio de necesidad que sobre el cumplimiento efectivo de la pena es imperativo llevar a cabo, debe considerar las particularidades del ilícito y de la culpabilidad del procesado, no aislando los fundamentos de la condena, sino contextualizando e integrando todos los factores concurrentes que hagan de la decisión una medida orientada por la teleología de la pena y no por el capricho, la opinión o la dureza irracional. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1998. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosamente, no concede subrogado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Villamarín Valero, José Gonzalo. Delitos: Falsedad en documento privado, Fraude procesal, Estafa agravada. Proceso: 9660. Publicada: Sí.

Véase también en - Internet 703

Pág.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY /SANA CRITICA. Incurre el defensor en notables desaciertos técnicos en su formulación, toda vez que simultáneamente ha predicado las dos modalidades de error sin advertir el diverso sentido y alcance que cada una de ellas tiene, pues como es bien sabido en el de hecho se está frente a una equivocada expresión fáctica de la prueba, en tanto que en el de derecho se trata de un yerro sobre la significación jurídica que ella tiene, no siendo admisible su alegación casacional a un mismo tiempo.

Hoy en día es indiscutible que si el juzgador en cumplimiento del mandato legal señalado en el art. 254 del C. de P.P., justiprecia las pruebas en su conjunto -con estricta sujeción a las reglas de la lógica y la sana crítica- y con la debida exposición del mérito que razonadamente les asigna, no es viable atacar la sentencia bajo ninguna de las alternativas que teóricamente contempla la violación indirecta de la ley sustancial, muchísimo menos con un método propio de las instancias consistente en criticar la valoración probatoria del fallo impugnado y la credibilidad que a los distintos medios demostrativos se ha dado, creando para ello una personal secuencia de los hechos con la cual pretende oponerse a la realidad de los que declaró como verdad probada el sentenciador. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Jaramillo Mazuera José Fernando. Delitos: Homicidio. Proceso: 10172. Publicada: Sí. Véase también en - Internet 727

DEMANDA DE CASACION-Determinación de indicios/ FALSO JUICIO DE CONVICCION. Buscar desintegrar la prueba indirecta del indicio sin precisar y demostrar el error de hecho o de derecho en la apreciación del hecho indicador, no pasa de ser un intento vano en sede casacional, pues el ataque con prescindencia de ese hecho, a las inferencias resultantes del mismo se convierte así en mera especulación, que no por reiterante puede llevar a la Corte a privar a su arbitrio al fallador de las instancias, del uso del imperativo de realizar esa apreciación dentro de los parámetros de la crítica racional de la prueba, apreciación que se mantiene incólume mientras no se demuestre la incursión en errores objetivos, trascendentes y remediables en casación. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1998. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosa y parcial, declara prescripción por un delito, fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Guzmán Chitiva,

Pág.

Alirio Alberto. Delitos: Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado, Concierto para delinquir. Proceso: 10784. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 739

LIBERTAD PROVISIONAL-Rebelión. Desde el punto de vista político-criminal legislativo, el Estado se vio compelido a intensificar notoriamente las penas para el solo delito de rebelión (Decreto Legislativo 1857 de 1989, art. 1º.), actitud que se sintió necesario prolongar en el tiempo por la vigencia con vocación de permanencia del artículo 8° del Decreto 2266 de 1991.

La enorme confusión que han generado dentro de la población los grupos insurgentes, como aquel en el cual fue hallado incurso el procesado (...) y también las dificultades que han generado en la búsqueda de la respuesta adecuada del Estado, se debe a un trastocamiento de los objetivos de tales movimientos cuya rebeldía apunta a un cambio político. De modo que, si se examina el sentido preventivo general (protección social) involucrado en la fórmula de los "antecedentes de todo orden", que refiere el artículo 72 del Código Penal, no se cuenta con la seguridad necesaria para anticipar que se producirá el reintegro pacífico del condenado a la sociedad. En efecto, por una paradoja que no se aviene con los fines buscados, las acciones de la insurrección armada han derivado en el inmenso temor y el sometimiento de la comunidad a cuya redención supuestamente se aspira. En virtud de estas connotaciones, sin perjuicio de las decisiones posteriores, no procede la excarcelación provisional por lo que el convicto habrá de purgar la pena en su totalidad. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Casación -Libertad- Fecha: 26/06/1998. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Silva Rodríguez, José Eduardo Delitos: Rebelión. Proceso: 13382. Publicada: Sí.
Véase tambien en - Internet 758

PRUEBA-Inconducencia e impertinencia. La solución de problemas fácticos o jurídicos que surgen dentro del proceso, en primer lugar, debe buscarse en la ley, conforme con el principio de legalidad del proceso que tiene carácter constitucional y rector (Const. Pol., art. 29 y C. P. P., art. 1°). Este será el punto de partida, por obvias razones de igualdad, seguridad y libertad en las decisiones, para acudir después, en segundo lugar, al auxilio de la equidad, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho (art. 230 Const. Pol.).

Pues bien, el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal dispone:

Pág.

"Rechazo de las pruebas. No se admitirán las *pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso* o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, *las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes* y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten *pruebas inconducentes o impertinentes* serán sancionados disciplinariamente, o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este Código" (se ha resaltado).

Basta la lectura de la norma para establecer que el legislador adoptó un concepto único y complejo, en el sentido de que la *conducencia* se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso, pero ninguna prueba será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes. Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al proceso, no sólo es impertinente sino que también resulta inconducente, pues se ha separado drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción. La conducencia sólo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (pertinencia).

Este criterio aparece reforzado en la primera parte del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, norma según la cual "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso *pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado...*". Precisamente, los hechos materia del proceso sólo son aquellos que tienen que ver con los elementos constitutivos del delito que se examina y la responsabilidad (penal y civil) de quienes han sido legalmente vinculados.

Todas las pruebas ordenadas dentro de un proceso, antes de su práctica, son potenciales, en el sentido de que pueden arrojar un resultado positivo o negativo en relación con su objeto; es decir, así como pueden contribuir a formar constancias relativas a la configuración del delito o de la responsabilidad del sujeto, también pueden llegar a desestructurarlas, pero, eso sí, una vez se hayan valorado individual y conjuntamente (art. 254 C. P. P.). Por ello, con acentuada lógica, el Estatuto Procesal Penal Colombiano señala que las pruebas "conducen a la verdad o a la certeza", es decir, siempre son medios o vehículos para llegar a ella, pero no son fines en sí mismos, porque no constituyen la verdad o la certeza sino que la propician. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Segunda Instancia. Fecha: 30/06/1998. Decisión: Confirma auto que negó práctica de ampliación de testimonio. Procedencia: Tribu-

Pág.

nal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Procesado: Castaño Yepes, Iván. Delitos: Prevaricato por acción, Cohecho. Proceso: 14523. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 762

TERMINO PROCESAL / CASACION DISCRECIONAL. Por regla general los términos procesales se encuentran establecidos en la ley. En ocasiones, cuando su duración no está expresamente prevista, es deducible a través de operaciones lógicas sencillas. Y cuando definitivamente el legislador ha olvidado establecer uno, el funcionario judicial se encuentra autorizado para señalarlo, nunca por encima de 5 días, de acuerdo a como lo dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Penal. Si en realidad existiera la "laguna normativa" predicada por el recurrente, vale decir que la ley no establece el término para sustentar la solicitud de casación excepcional, tal sería la regla aplicable para solucionar el caso y no la curiosa interpretación que intenta para lograr que su escrito complementario sea tomado en consideración.

El recurso de casación (ordinaria y excepcional) podrá interponerse "dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia", prescribe el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. Pero según se trate de una u otra modalidad de impugnación el trámite a seguir es diferente. Frente a la casación ordinaria basta la simple interposición del recurso dentro del lapso señalado y por escrito, para que el Tribunal respectivo, una vez vencido el término para recurrir, decida si lo concede o no. Si lo hace ordena el traslado de 30 días para presentar la demanda a cada uno de los impugnantes, luego por 15 días comunes a los no recurrentes y al siguiente día, a condición de que se haya aportado el libelo, remite el proceso a la Corte donde se determina si la demanda cumple o no con las formalidades legales, declarándola ajustada en el primer caso y rechazándola de plano en el segundo.

Técnicamente, como se ve, para la concesión de la casación ordinaria no se requiere de sustentación. Basta decirle al Tribunal que se interpone, inclusive escribiéndolo a mano el sujeto procesal en el acto de notificación personal de la sentencia.

Cuando el deber de sustentación del recurso no se haya sometido a un término especial que supere el de vencimiento del plazo para recurrir, tal carga debe cumplirla el sujeto procesal dentro del término de ejecutoria del pronunciamiento judicial. El recurso de casación excepcional, entonces, debe ser interpuesto y sustentado dentro del término de ejecutoria de la sentencia, vale decir dentro de los quince días siguientes a la última notificación, como repetidamente lo ha sostenido la Sala. Magistrado Ponente: Dr. Carlos

Pág.

Eduardo Mejía Escobar. Casación Discrecional. Fecha: 30/06/1998. Decisión: No repone providencia mediante la cual no se concedió el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Procesado: González Petro, Juan Bautista. Delitos: Peculado por aplicación diferente. Proceso: 14356. Publicada: Sí.
Véase también en - Internet 771

ANEXOS

SI LA PROVIDENCIA HA SIDO SELECCIONADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU REVISIÓN, DESPUÉS DE LAS FIRMAS, EN NOTA, SE INDICARÁ EL NÚMERO, FECHA Y LA DECISIÓN ALLÍ PROFERIDA.

RELATORÍA

INCIDENTE DE DESACATO: La sanción por desacato que impone el Juez a un particular se hace en virtud a la facultad correccional de la que se encuentra investido, es un acto eminentemente jurisdiccional cuyo carácter punitivo difiere de la sanción penal propiamente dicha en cuanto ésta se aplica por la comisión de un hecho punible, y aquella procede contra conductas que menosprecian la orden de proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 es norma especial que regula y consagra un incidente especial, el desacato en trámite de la acción tutela, norma completa que no deja resquicios para alegar vacíos legales, como lo pretenden los impugnantes al invocar los artículos 407 y 507 del Estatuto Penal Adjetivo con tal de lograr la suspensión de la orden de encarcelamiento.

"Ahora bien, la facultad atribuida al Juez constitucional para imponer una sanción por la renuencia del accionado a cumplir la orden que se le impartió en el fallo de tutela, debe entenderse inmersa dentro del contexto de los poderes disciplinarios que le asiste a todo funcionario judicial, puesto que como máxima autoridad responsable de la conducción de dicho trámite procesal, tiene la obligación de garantizar su normal desarrollo, la realización de los derechos de los sujetos procesales y los de la sociedad en general. Es por eso que el legislador lo dota de herramientas que hacen viable su labor, especialmente en aquellas situaciones en donde se debaten y dirimen conflictos de intereses.

Este tipo de sanción que impone el Juez a un particular en virtud a la facultad correccional de la que se encuentra investido, es un acto eminentemente jurisdiccional cuyo carácter punitivo difiere de la sanción penal propiamente dicha en cuanto ésta se aplica por la comisión de un hecho punible, en tanto aquella procede contra conductas que menosprecian la orden de proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado, para lo cual, en ambos eventos, deben observarse las reglas del debido proceso consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política.

[...] Por contera, ningún derecho fundamental se ha quebrantado a la parte actora, porque [...] de la interpretación armónica [...] de los artículos 52, 27 y 53 del Decreto 2591 de 1991, una es la sanción imponible por desacato derivada del poder disciplinario que le asiste al juez de tutela, y otra resulta ser la que se puede originar de la tipificación de una cualquiera de las conductas delictivas señaladas en el artículo 53, las cuales acarrean responsabilidad penal directa que compete declarar al respectivo juez de la causa".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación No. 4178

Aprobado Acta No. 08

VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por los ciudadanos José Santiago Sánchez Ramírez y Orlando Mauricio Sánchez Silva contra la providencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa fe de Bogotá, que el 13 de noviembre de 1997 denegó la tutela por ellos incoada.

ANTECEDENTES Y CONTENIDO DE LA ACCIÓN

1. Por fallo del 4 de marzo de 1997, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá al desatar la impugnación propuesta contra el pronunciamiento de fondo realizado por el Juzgado 51 Penal del Circuito de la ciudad, revocó la sentencia proferida por esta dependencia judicial y en su lugar resolvió "(...) *TUTELAR el derecho a la seguridad social y a la pensión de vejez de la señora Ana Beatriz Correa de Figueroa (...)*", ordenando en consecuencia que Productos Lácteos Santa Fe Limitada, firma para la cual la dama prestó sus servicios, Orlando Mauricio Sánchez Silva y José Santiago Sánchez Ramírez, en su orden socio-gerente y socio mayoritario de la citada empresa, procedieran a cancelar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la susodicha decisión las mesadas pensionales dejadas de percibir por la beneficiaria y los respectivos intereses moratorios, cuantificados éstos "al doble del interés bancario corriente"; igualmente, se les obligó a seguir cubriendo en lo sucesivo el monto de dicha prestación dejada de sufragar injustificadamente (fols. 5 a 15 del cuaderno de anexos No. 1).

2. Como los obligados hicieron caso omiso a la orden impartida por el Juez Constitucional, la procuradora judicial de la favorecida con el fallo de tutela que se viene de comentar promovió el *incidente de desacato*

establecido para estos eventos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con los artículos 27 y 53 ibidem, incidente que el Juzgado 51 Penal del Circuito de la ciudad declaró fundado mediante proveído del 11 de agosto de 1997 y en tal virtud, sancionó a Orlando Mauricio Sánchez Silva y a José Santiago Sánchez Ramírez con tres (3) días de arresto, multa en cuantía de dos (2) salarios mínimos legales mensuales para cada uno y compulsación de copias para la investigación penal pertinente (fols. 86 a 89 del cuaderno de anexos No. 1).

Por vía de Consulta, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en su integridad la decisión de marras en providencia del 7 de octubre del pasado año (fols. 2 a 8 del cuaderno de anexos No. 2).

3. La situación fáctica expuesta con antelación es el fundamento que los sancionados esgrimen para invocar el presente recurso de amparo, al considerar que su derecho fundamental a *la libertad* se halla en inminente peligro de ser conculcado, pues, no empece a carecer de recursos, han demostrado con actos materiales de pagos parciales estar dispuestos a cubrir la totalidad de la suma que se ordenó cancelar a la pensionada; sin embargo, arguyen, se les quiere encarcelar por una deuda civil cuando ello se encuentra proscrito en el artículo 28 de la Carta Política.

De igual manera anotan los quejosos que con las providencias referenciadas no se atendió a la prohibición de *reforma en peor*, puesto que *a priori* sus respectivas conductas fueron catalogadas de dolosas sin que exista actuación penal que así lo determine; privándoseles del derecho a defenderse de la imputación que se les endilga y por contera a gozar de un debido proceso, con lo cual flagrantemente también se han violado los artículos 29 y 31 de la Constitución política, concluyen.

El fallo impugnado

Previa advertencia de que el recurso de amparo incoado está dirigido contra decisiones judiciales, el Tribunal de instancia reflexiona acerca de la ausencia de diligencia, actuación o razonamiento jurídico que "(...) determine la existencia de *vía de hecho* alguna, única causa válida y suficiente que permita atacar por el citado mecanismo constitucional las providencias judiciales (...)"; el "rigorismo jurídico" observado en el trámite incidental tachado de arbitrario e injusto, aduce el Órgano Colegiado, es el sustento legal en el que se ampararon los funcionarios judiciales que conocieron del asunto para hacer cumplir un fallo de tutela, aspecto este que impide hablar de amenaza o menoscabo real de los derechos fundamentales cuya protección se reclama, pues, cuando hubo la necesidad de decretar la nulidad de lo actuado por violación al derecho de defensa y al debido proceso en detrimento de los hoy actores, tal reconocimiento no se hizo esperar.

En suma, arguye la Sala del Tribunal cuya decisión se cuestiona, de ninguna manera se empeoró la situación de los actores porque la sanción que se les impuso fue el producto del incidente generado por el incumplimiento de una orden judicial impartida en un fallo de tutela, desacato que conforme a las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991 se castiga en la forma como se determinó en las providencias atacadas. Luego, ajustada a la legalidad la actuación de los funcionarios acusados, no existió vulneración a derecho fundamental alguno, se considera finalmente en la sentencia impugnada.

La impugnación

Ninguna manifestación de disentimiento con el fallo impugnado presentan los accionantes, excepto la queja sobre la ausencia de pronunciamiento del Tribunal en relación con la suspensión del "acto que ha puesto en inminente peligro de ser violado el derecho fundamental y sagrado de la libertad", lo cual, en sentir de los impugnantes, es de la esencia de la tutela "mientras se decide".

La suspensión de "*la orden de privación de la libertad*" se impetró de acuerdo con lo estipulado en los artículos 407 y 507 del Código Penal Adjetivo, aducen los recurrentes, pues, además de que uno de los afectados con aquella medida, José Santiago Sánchez Ramírez, cuenta con más de 82 años de edad, su propósito es el de cumplir con todos los compromisos laborales adquiridos, salvo que cuando se impartió la orden de pago, la empresa de lácteos demandada no contaba con los recursos económicos suficientes para realizar en el término perentorio señalado en el fallo de tutela, el cubrimiento total de las mesadas dejadas de sufragar a la pensionada.

En consecuencia, insisten los impugnantes, "los actos concretos de cumplimiento" que existen en el informativo es la prueba palpable y ostensible de no querer eludir la obligación impuesta.

Consideraciones de la Corte

En tratándose de decisiones judiciales, su ataque se torna improcedente por el excepcional mecanismo de la tutela como reiterativamente lo ha dicho la Sala, pues, la declaratoria de inexequibilidad que de los artículos 11, 12 y 40 realizó la Corte Constitucional en la sentencia C 543 del 1° de octubre de 1992, acabó con dicha posibilidad, a menos que se trate de una vía de hecho, que no es el evento en estudio como bien se precisó en el fallo impugnado, es decir, la determinación de los funcionarios que conocieron el incidente de desacato por el cual hoy se acude a este ágil procedimiento, el que además de ser breve y sumario es residual y subsidiario, no fue el producto de la arbitrariedad o del capricho de los mismos sino que se debió a la estricta aplicación del artículo 52 del Decreto 2591

de 1991, de cuya constitucionalidad se ocupó la corporación encargada de la salvaguarda de nuestra Carta Política en sendos pronunciamientos, las sentencias C-243 de 1996 y C-092 de 1997, deber ineludible y de obligatorio cumplimiento para el Juez Constitucional so pena de incurrir en responsabilidad penal al tenor del contenido sancionatorio del artículo 53 ibidem.

En efecto, dicha normatividad -el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con los artículos 27 y 53 ibidem-, establece un procedimiento especial aplicable específicamente al asunto en él contemplado en cuanto define el trámite a seguir -incidental- y la manera como debe ser sancionada la persona que no acate o desatienda la orden impartida por el Juez de Tutela -arresto hasta por 6 meses y multa hasta por valor de 20 salarios mínimos legales mensuales-, lo cual puede hacer el mismo funcionario que conoció del amparo constitucional y, una vez surtido el grado jurisdiccional de la consulta en caso de haberse impuesto sanción alguna, la resolución debe ejecutarse si el Superior decide confirmar la providencia del A quo como quiera que el único aparte del dispositivo que se declaró inexequible, fue la expresión "*la consulta se hará en el efecto devolutivo*".

En ese orden de ideas, frente a la situación regulada en concreto no es menester acudir a las reglas del procedimiento penal so pretexto de llenar vacíos legales por aplicación analógica, como lo pretenden los impugnantes al invocar los artículos 407 y 507 de Estatuto Penal Adjetivo con tal de lograr la suspensión de la orden de encarcelamiento, pues, el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 es norma especial que regula la materia y consagra un incidente especial, cual es el de *desacato* en el trámite de la acción de tutela, como ya se dijo, y, por lo tanto, norma completa que no deja resquicios para alegar vacíos legales.

Cuando el texto de una norma es claro, debe interpretarse en su sentido natural y obvio, sin desvirtuarlo mediante la comparación con principios o normas jurídicas que no son los especiales frente a la situación jurídica regulada en concreto.

Ahora bien, la facultad atribuida al Juez Constitucional para imponer una sanción por la renuencia del accionado a cumplir la orden que se le impartió en el fallo de tutela, debe entenderse inmersa dentro del contexto de los poderes disciplinarios que le asiste a todo funcionario judicial, puesto que como máxima autoridad responsable de la conducción de dicho trámite procesal, tiene la obligación de garantizar su normal desarrollo, la realización de los derechos de los sujetos procesales y los de la sociedad en general. Es por eso que el legislador lo dota de herramientas que hacen viable su labor, especialmente en aquellas situaciones en donde se debaten y dirimen conflictos de intereses.

Este tipo de sanción que impone el Juez a un particular en virtud a la facultad correccional de la que se encuentra investido, es un acto emi-

nentemente jurisdiccional cuyo carácter punitivo difiere de la sanción penal propiamente dicha en cuanto ésta se aplica por la comisión de un hecho punible, en tanto aquella procede contra conductas que menosprecian la orden de proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado, para lo cual, en ambos eventos, deben observarse las reglas del debido proceso consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política.

Por modo que, si se respetaron las reglas del debido proceso prueba de ello lo constituye la decisión del Tribunal Superior de Bogotá que ordenó impartir el trámite que le es propio al incidente de desacato declarando la nulidad de la actuación llevada a efecto por el Juez que conocía del mismo al considerar que se violaron derechos fundamentales de los hoy accionantes (fols. 42 a 45 del cuaderno principal)-, enmendado el yerro y proferida la decisión pertinente por el Juez competente, cuya determinación fue integralmente avalada por su inmediato Superior por vía del grado jurisdiccional de la Consulta (fols. 86 a 89 del cuaderno de anexos No. 1 y folios 2 a 7 del cuaderno de anexos No. 2), la sanción impuesta a los renuentes se encuentra ceñida al marco de la legalidad imperante para el evento controvertido, conforme a los hechos y circunstancias debidamente acreditados que le sirvieron de causa y de acuerdo con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que justifican la medida.

Por contera, ningún derecho fundamental se ha quebrantado a la parte actora, porque, como ya se advirtió, de la interpretación armónica que es menester realizar de los artículos 52, 27 y 53 del Decreto 2591 de 1991, una es la sanción imponible por *desacato* derivada del poder disciplinario que le asiste al Juez de Tutela, y otra resulta ser la que se puede originar de la tipificación de una cualquiera de las conductas delictivas señaladas en el artículo 53, las cuales acarrean responsabilidad penal directa que compete declarar al respectivo Juez de la causa.

Tampoco cabe argüir en el asunto *sub lite* inobservancia al principio constitucional de la "*no reformatio in pejus*" por cuanto resulta equívoco sostener que a los quejosos como apelantes únicos se les agravó su situación jurídica, pues, las sanciones legales imponibles en uno y otro caso, el incidental y el del asunto penal, son diferentes e independientes como se infiere del contenido del mentado artículo 52 al expresar "(...) sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar" luego de indicar el castigo a imponer por tal desobedecimiento.

El anterior razonamiento igualmente tiene validez para rechazar la alegación acerca de la inminente amenaza al derecho de la libertad de los impugnantes, como quiera que la única finalidad -de la sanción por desacato a la que se hicieron merecedores es precisamente lograr la eficacia de la acción de amparo impetrada y el respeto al derecho fundamental cuya protección se reclama.

Sin necesidad de otras consideraciones, se confirmará en su integridad el fallo objeto de impugnación.

A 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:

Confirmar el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme a las motivaciones insertas en el cuerpo de este proveído.

Remitir lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (sin firma), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: concepto

"El debido proceso entendido como el conjunto de garantías que protegen a todo sujeto sometido a un acto de autoridad, y que procuran asegurar durante el desarrollo del respectivo procedimiento el cabal, recto y cumplido ejercicio de las competencias públicas, así como también la razonabilidad y fundamentación conforme a derecho de las decisiones por adoptarse o que se profieran, sólo se verá conculcado en la medida en que la actividad estatal sea el producto de la arbitrariedad de sus agentes."

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación No. 4197

Aprobado Acta No. 08

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación presentada por Marlene Jordán Mejía contra la decisión de fondo proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que el 24 de noviembre de 1997 denegó el amparo constitucional al *Debido Proceso* presuntamente vulnerado por la titular del Juzgado Octavo de Familia de la citada ciudad.

CONTENIDO DE LA ACCIÓN

La Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Atlántico, en representación de las menores Marley y Dámaris María, hijas de la actora Marlene Jordán Mejía, promovió demanda de Investigación de la Paternidad ante el Juzgado de Familia en Reparto de la ciudad de Barranquilla contra el presunto progenitor de las nombradas infantes, Oscar Palomeque Mena, asunto cuyo conocimiento aprehendió el Juzgado Octavo de la citada especialidad el 17 de junio de 1992.

El 16 de julio siguiente la Dependencia Judicial en mención ordenó impartir el trámite legal a la demanda conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 75 de 1968 y, luego de escuchar al demandado respecto de los hechos relacionados en el libelo petitorio, ante su oposición a las pretensiones de la demandante se dispuso la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y las que de oficio tuvo a bien decretar el Juzgado (ver cuaderno de copias de la referida actuación).

Como la profesional que está al frente del despacho donde se ventila el asunto de marras, a la fecha de impetrar el presente recurso de amparo aún no ha proferido una decisión que ponga fin a la actuación, omitiendo cumplir con sus funciones desconoce el mandato constitucional que le asiste, alega la accionante, proceder constitutivo de menoscabo al derecho fundamental del Debido Proceso puesto que colocando en situación de peligro a sus pequeñas hijas, se niega a darle el impulso procesal que el caso amerita. En consecuencia depreca la quejosa se le dé un término de diez (10) días a la funcionaria judicial "para que se pronuncie sobre el caso, con la sentencia que quepa en derecho".

El fallo impugnado

Revisada la actuación llevada a cabo en el proceso que motivó la reclamación contra el despacho judicial cuya titular la actora cataloga de morosa, el Tribunal de instancia luego de reseñar las características, naturaleza y procedencia del amparo tutelar consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, estimó que la Juez cuestionada "(...) no ha incurrido en omisión alguna vulneradora del derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la Carta Política, puesto que desde que está al frente de ese despacho ha adoptado las decisiones pertinentes para el impulso del proceso de investigación de paternidad a que se refieren los hechos, no siendo atribuible a ella la no práctica en dos oportunidades de las pruebas decretadas (...)", concluyéndose en el fallo impugnado que mal puede ordenársele a la funcionaria del conocimiento proferir sentencia de mérito cuando se carece de la prueba requerida para ello, por causas que también le son imputables a la parte actora (folios 12 a 17 del cuaderno principal).

La impugnación

Insiste en sostener la recurrente al sustentar la impugnación, el quebrantamiento a las reglas del debido proceso en el evento sub examine, toda vez que sus párvulas se hallan en estado de indefensión dada "la inoperancia" de la Juez Octava de Familia de Barranquilla, quien por más de cinco (5) años ha mantenido "atrancado" el proceso en cuestión, especialmente porque la prueba científica que la accionante considera eficaz, no ha sido posible practicar por la abulia de la administradora de justicia. Que se imparta la orden perentoria para que el demandado Palomeque Mena se someta al examen de genética al que ha rehusado asistir, es en últimas la pretensión de la libelista.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El *Debido Proceso* entendido como el conjunto de garantías que protegen a todo sujeto sometido a un acto de autoridad, y que procuran asegurar durante el desarrollo del respectivo procedimiento el cabal, recto y cumplido ejercicio de las competencias públicas, así como también la razonabilidad y fundamentación conforme a derecho de las decisiones por adoptarse o que se profieran, sólo se verá conculcado en la medida en que la actividad estatal sea el producto de la arbitrariedad de sus agentes.

En el evento a estudio, de verdad que no se observa comportamiento omisivo de la funcionaria acusada como para que se alegue dilación procesal injustificada de parte suya, porque si bien es cierto que la actuación a la que alude la reclamante se inició desde mediados del año de 1992, no lo es menos que la Juez cuya labor se califica de "*inoperante*" a pesar de haberse hecho cargo del Despacho a partir del mes de marzo del año pasado, según lo asegura a folios 8, estuvo presta a reactivar unas diligencias que reposaron paralizadas en los anaqueles del juzgado sin actividad alguna de la parte actora.

Ahora bien, si ni siquiera se han practicado las pruebas ordenadas en aquel diligenciamiento, ni las de orden técnico y menos las de carácter testimonial, mal puede finiquitarse la actuación con decisión de fondo que haga tránsito a cosa juzgada, como inicialmente lo peticiona la accionante, puesto que se carece de los elementos de persuación requeridos para el efecto conforme lo dispone el trámite procesal indicado en la Ley 75 de 1968 en sus artículos 1° al 16; es que, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 7° de la citada normatividad, la actitud del demandado tachado de remiso solamente se podrá tener como un indicio en su contra y no como una asunción del reconocimiento de la paternidad que se persigue, como equivocadamente parece entenderlo la demandante.

Y, menos puede ordenarse al demandado que se someta a la peritación antropoheredobiológica como se solicita en el escrito de impugnación, porque ello no fue el objeto de la pretensión incoada; el amparo constitucional impetrado en el presente asunto, está dirigido contra un supuesto comportamiento omisivo de una autoridad pública y no contra los actos de un particular, regulación ésta que la ley hace de manera taxativa en los casos en ella señalados.

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo impugnado puesto que no se observa quebrantamiento alguno a las reglas del debido proceso del que se acusa a la actual titular del Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla, Atlántico, es decir, la vía de hecho por la que se le cuestiona, su supuesto proceder arbitrario o caprichoso, indemostrado se halla en el informativo.

En razón y 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:

Confirmar el fallo impugnado de acuerdo con las motivaciones expuestas en el cuerpo de la presente providencia.

Remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda. Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel. Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (sin firma), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INCIDENTE DE DESACATO, REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA: Es responsable por desacato a sentencia de tutela el Capitán de navío que a pesar de impartir orden conforme a las disposiciones de ésta, es desoído por un subalterno (decreto 85 de 1989, artículo 28)

Es responsable por desacato el Capitán de Navío que a pesar de impartir, en cumplimiento de sentencia de tutela, la orden de permitir el libre tránsito por una calle aledaña a la Escuela Naval de la cual era director, es desoído por un subalterno quien transitoriamente impide el paso por el lugar.

"[...] las órdenes militares no se le encomiendan a cualquier persona dentro de los rangos militares, sino que deben provenir de quienes ejercen el comando, porque los mandos medios quedan limitados tan solo a trasmitirlas, tal y como lo indica el artículo 13 del invocado ordenamiento (Decreto 085 de 1989) [...] esa calidad, en el caso de la Escuela Naval de Suboficiales radicaba en cabeza de su Director, pues no de otro modo se comprende que el funcionario de tutela le hubiese impuesto a él y no a sus inferiores la obligación de respetar y de cumplir la providencia judicial, sin que el Capitán [...] se haya excusado jamás [...] ni aduciendo el desconocimiento del mandato de tutela [...] ni excusando la existencia de una orden superior o de una contraorden capaz de desvirtuar las por él mismo emitidas.

Y por lo mismo se entiende que el artículo 15 del mismo ordenamiento agregue que 'la responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta', pues a éste se le concede apenas la posibilidad de hacer saber a su superior la posible ilegalidad o abuso que el mandato encierra, al punto de que si aquel insiste por escrito, no tiene el subordinado otra opción distinta que cumplirla, lo que una vez más lleva a ubicar la responsabilidad por acción y aún por omisión en el servidor público encargado de librar la orden respectiva.

En ese orden, una hipótesis más podría aún entretejerse, si se estimase que el resultado se dio porque alguna ambigüedad surgiera

de la imperfección de la orden emitida [...] solo que bajo un tal supuesto no se podría tampoco excluir la responsabilidad del implicado, pues como ya se ha visto, para su caso es la ley la que le responsabiliza por la orden emitida, lo que no se podría entender de modo diferente, tomando en cuenta el mandato [...] (del artículo 16 decreto 85 de 1989), al extremo que en concordancia con éste, el artículo 28 ibidem prescriba que 'es inacepiable en el superior disculparse con las omisiones, descuidos o excesos de sus subalternos...'

Por todo lo anterior se infiere sin la menor dificultad la culpabilidad del sancionado, pues si la orden judicial de amparo comprometía al Director de la Escuela Naval [...], para la fecha de los hechos a cargo del Capitán de Navío [...] ; si éste acepta el conocimiento de ese deber concreto; si a pesar de ello el derecho de los accionantes se violó por personal de la Escuela, cuyas excusas fueron las de estar obedeciendo una orden superior, era este oficial en quien se radicaba el deber de impartir y hacer cumplir la orden de tutela, pues agregado a todo lo anterior el normador consagra una responsabilidad personal y no institucional, acorde con la necesidad de hacer real, efectivo y rápido el ejercicio del derecho constitucional que hubiese sido conculcado.' (*paréntesis fuera de texto*).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C, veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Radicación No. 4227

Aprobado Acta No. 05

VISTOS

Revisa la Sala por vía de consulta la sanción impuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla al Señor Capitán de Navío Alonso Navarro Dallos a quien como Director de la Escuela de Suboficiales de la Armada en esa ciudad, se le imponen cinco (5) días de arresto y multa de cinco (5) salarios mínimos mensuales por desacatar la orden de tutela impartida por el Tribunal remitente y confirmada por esta Sala de la Corte.

ANTECEDENTES

1. Mediante fallo del 5 de diciembre de 1994, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla tuteló los derechos fundamentales de libre circulación y uso del espacio público conculcados por la Escuela Naval de Suboficiales A.R.C. de Barranquilla, otorgándole a su

Director un término de 30 días para solicitar y tramitar permiso especial de cierre de la calle 69 de esa ciudad, en el tramo que va desde la Vía 40 hasta el río Magdalena, previniéndole que si el permiso no le era concedido, vencido el plazo indicado debía despejar totalmente la vía para el uso público, guardando las medidas de seguridad que le autorizaba la ley, pero sin llegar a impedir la circulación por la vía, de quienes válidamente pudieran hacerlo.

Impugnada la anterior decisión, esta Sala de Casación Penal la revisó mediante fallo del 8 de febrero de 1995, adicionando que tampoco podría el accionado perturbar en el futuro los derechos de Alvaro León Ramírez Cano, fallo que quedó inmodificado en cuanto la Corte Constitucional no lo sometió a revisión.

2. Originalmente, la abogada Celinda Esther Rolong propuso un incidente de desacato advirtiendo que en el mes de julio de 1995 las obstrucciones del personal de la armada continuaban interfiriendo el uso de la referida vía pública, pero luego de que el Tribunal intentara un conflicto de competencia con el Ministerio de Defensa, dirimido por la Corte Constitucional 30 de noviembre de ese año con la adjudicación del asunto al Tribunal, éste denegó el trámite por falta de personería de la solicitante.

Luego, en el mes de diciembre de 1996, el abogado Max Rangel Fucutes, en asocio del señor Alvaro Iván Ramírez Cano intentaron de nuevo el incidente de desacato en contra de los oficiales de la Armada Nacional Guillermo Díaz Díaz, Alfonso Navarro Davalos, Carlos Humberto Pineda y un capitán de apellido Dulce, poniendo de presente que además de los diferen-tes episodios de perturbación en el uso de la calle 69, hacia el mes de noviembre de ese año el Director de la Escuela Naval de Suboficiales ARC Barranquilla Capitán Alfonso Navarro Dallos había vuelto a colocar sobre esa vía letreros de "Reten Militar" y de "No Pase", taponando con escombros el tránsito e impidiéndoles a los reclamantes su desplazamiento y especial-mente a Ramírez Cano el acceso a su propiedad.

Por esos hechos, dicen, formularon querella ante la Inspección Segunda de Policía Distrital de Barranquilla el 20 de noviembre, concretándole la ocurrencia de incidentes con la guardia los días 18 y 19 de ese mes en que se les impedía el paso, por lo que la Inspectora se trasladó al lugar el día 3 de diciembre y levantó un acta cuya copia anexaron.

Además de ello, el 17 de diciembre un oficial de apellido Dulce le impidió el tránsito a la familia del doctor Oscar Fernández, ex gobernador encargado del Atlántico, solo que como esa familia insistió en pasar se suscitó un conflicto en el cual tuvo que intervenir la Policía.

3. Asumido el conocimiento de la queja por la misma Sala del Tribunal que había reconocido el amparo, inicialmente le dio traslado al Director de la Escuela Naval de Suboficiales para que informara si se había dado cumplimiento a lo dispuesto en el fallo de tutela, y posteriormente, me-

diante auto del 17 de febrero de 1997, tras valorar la respuesta oficial y las demostraciones arrimadas por el querellante, decidió abrir el respectivo incidente de desacato.

Tras el recaudo de diferentes pruebas, el Tribunal resolvió mediante providencia del 5 de mayo siguiente sancionar a los oficiales Carlos Humberto Pineda Gallo y Alonso Navarro Dallos por el incumplimiento de la antes referida orden de tutela, pero al intentar originalmente su revisión, la Sala de Casación Penal halló fallas en el procedimiento que derivaron mediante providencia del 29 de mayo siguiente en el decreto de nulidad de lo actuado, disponiendo la reposición del trámite con plenas garantías para los implicados, pero dejando a salvo las pruebas practicadas.

Repuesto el trámite con el lleno de esas garantías procesales, de nuevo las diligencias llegan a la Corte para que se revise la decisión sancionatoria del 10 de diciembre de 1997, en la que ahora el Tribunal declara que los oficiales de la Armada Nacional Guillermo Díaz Díaz, Carlos Humberto Pineda Gallo y Carlos Alberto Dulce Pereira no habían incurrido en desacato, no así el Capitán de Navío Alonso Navarro Dallos, a quien en su condición, entonces, de Director de la Escuela de Suboficiales se le imponen como fuera dicho, cinco (5) días de arresto y multa.

Es esta última la determinación susceptible de consulta ante la Corte, por virtud del inciso final del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, y de la cual entra la Sala a ocuparse.

4. Para este momento procesal el servidor público sancionado replicó mediante apoderado con los siguientes argumentos, por cuya prosperidad espera la revocatoria del acto sancionatorio:

Primeramente la defensa admite que el Capitán de Navío Alonso Navarro Dallos se desempeñó como Director de la Escuela Naval de Suboficiales ARC Barranquilla entre el 9 de febrero y el 13 de diciembre de 1996, lo que equivale a decir que no fue el Oficial que recibió la orden de tutela, como tampoco se le puso en su conocimiento al momento de asumir el cargo, lo que infiere del silencio que a este respecto guarda el acta de entrega que en copia acompaña, y que le sirve para alegar la presunción de inocencia.

A lo anterior añade el contenido de las ordenes verbales y escritas expedidas por el Oficial Navarro Dallos, mediante las cuales siempre procuró el cumplimiento del fallo de tutela, ateniéndose a la versión del infante de marina Edwin Figueroa, quien reconoció haber colocado de su iniciativa una de las vallas, pero para alertar que allí había un hueco, lo que reitera el infante Imar Quiceno al dar informe de la diligencia cumplida el 3 de diciembre por la Inspectora Segunda de Policía, donde asegura que los centinelas no habían obstruído la vía.

Analizando en este mismo aparte las consecuencias de la colocación de las vallas como acto de exclusiva iniciativa de los infantes de marina, considera que un acto de ligereza por parte de un subalterno, no puede redundar en sanción disciplinaria para su superior.

Afirma también que la intervención de la Inspectora Segunda tampoco puede tenerse como válida por no haber enterado o notificado previamente al accionado de su práctica, además de no aparecer radicación de ese acto en la respectiva oficina, y para terminar intenta dos objeciones en contra del trámite cumplido. La una, porque el Tribunal carece de competencia para imponerle sanciones a un Contraalmirante de la Armada Nacional, rango que ostenta ahora el sancionado, para lo cual se ha debido oficiar al respectivo Comando, y la segunda, al considerar que el a quo incurrió en indebido procedimiento, según su interpretación del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, por lo que pide la revocación de la providencia consultada, y en su lugar la absolución del señor Capitán de Navío hoy Contraalmi-rante Alonso Navarro

Consideraciones de la Sala

1. Los planteamientos propuestos por el señor defensor del oficial que en la providencia consultada se sanciona, obligan a responder, para iniciar, que ninguna causal de nulidad encuentra esta Colegiatura en la competencia ni en el procedimiento optados para imponerle al oficial Alonso Navarro Dallos sanción por desacato, según de modo breve surge de las siguientes consideraciones:

1.1. Es por ministerio expreso de la ley que se atribuye a los jueces de tutela, dentro de la naturaleza que caracteriza esta acción constitucional, la obligación de tramitar los incidentes de desacato, y la de imponer las consecuentes sanciones a que haya lugar, en caso de comprobar la infracción de la correspondiente orden judicialmente impartida.

Esta conclusión asoma del texto claro del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que luego de describir la infracción y señalar su consecuencia, indica que tal "sanción será impuesta *por el mismo juez mediante trámite incidental*", lo que descuenta otra clase de interpretaciones. Sin embargo, es de añadir que ha sido la propia Corte Constitucional la encargada de señalar y ratificar ese alcance en la disposición referenciada, al declarar en fallo C-234 de 1996 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa la exequibilidad del referido artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, y con ella la competencia del juez de tutela para pronunciarse sobre la sanción allí prevista, como la de su superior –no la de otro funcionario– para revisar por vía de consulta y confirmar o revocar esa imposición, sin la interferencia de autoridades diferentes, lo que reafirma en los siguientes términos:

"Los artículos 52 y 53 reseñados son concordantes con el 27 del mismo Decreto 2591 de 1991, que se refiere específicamente al cumplimiento del fallo por parte de la autoridad responsable del agravio a los derechos fundamentales y que autoriza al juez para sancionar por desacato a la persona responsable y eventualmente cumplidos los supuestos que para ello se señalan en la norma, también al superior de aquella."

1.2. La segunda propuesta de invalidación corre la misma suerte adversa para el opositor. Lo que aquí éste pretende es que al incidente se le dé el trámite previsto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, pero sin advertir que la convocación al superior allí indicada se explica cuando el primer destina-tario de la orden no la cumple de inmediato, pese al requerimiento que reciba, lo que en el caso presente difiere, pues los reclamos no apuntan a que la calle permaneciera inasequible, sino a episodios de obstrucción posterior a la tutela, luego de un incipiente respeto del derecho amparado.

Ninguna razón asiste, entonces, que inhiba en este momento el pronunciamiento de fondo reclamado.

2. A salvo la anterior consideración, y como el incidente de desacato se refirió a episodios diversos y ocurridos en diferentes fechas, de los cuales hubo distintos protagonistas y disímiles pronunciamientos, la Sala restringirá el análisis de los hechos a la situación del Capitán de Navío Alonso Navarro Dallos, por haber resultado como único sancionado, aspecto sobre el cual proceden las siguientes consideraciones:

2.1. Como ha quedado dicho, la orden de tutela impartida se le libró al Director de la Escuela de Suboficiales de la Armada ARC Barranquilla, sin que de su contenido quede duda alguna, pues a pesar de otorgarle a este Oficial un término para que intentara la obtención de permiso para la ocupación de la calle 69 de Barranquilla en el sector comprendido entre la Vía 40 y las proximidades del río Magdalena, inequívocamente se le advirtió que por ningún motivo podía obstruir la utilización y libre tránsito por esa vía pública, orden que inequívocamente los mandos de la referida Escuela comprendieron, pues de manera constante, tanto en escritos como en el testimonio que han rendido los oficiales e infantes de marina interrogados en este asunto, siempre se dijeron instruidos sobre la orden judicial vigente que les obligaba a no obstruir ni interferir el libre tránsito peatonal y de vehículos por ese viaducto.

2.2. Que pese a tan perentorio mandato judicial, y a su origen como orden proferida dentro de una acción constitucional de arraigo en el artículo 86 de la Constitución Política, lo que se acredita es su desobedecimiento entre los días 18 de noviembre y 3 de diciembre de 1996, pues de manera precisa los ciudadanos Max Rangel Fuentes y Alvaro Iván Ramírez Cano así lo afirman, al enfrentarse a unos letreros que advertían la existencia de un retén militar sobre la calle 69 y conminaban a no

transitar por ese sitio, anuncio respaldado por la explicación de los centinelas quienes adujeron el obedecimiento de órdenes superiores.

Como ante esta arbitrariedad los querellantes solicitaron el amparo de la Inspectora Segunda de Policía de Barranquilla para que despejara el tránsito en esa vía, consta por copia del acta respectiva que cuando aquella se presentó a constatar los actos perturbatorios, todavía el 3 de diciembre de 1996 encontró "dentro de la calle Dos (2) avisos en madera que dice: "no pase-zona militar", "pare-retén militar", impidiendo y obstaculizando la entrada a la calle 69 en el tramo que fue restituido por este Despacho también existen en la calle unos escombros de piedras, basuras y otros desechos que también obstaculizan la entrada tanto peatonal como vehicular".

La inspectora agregó que al interrogar al centinela éste adujo órdenes superiores para no dejar ingresar a nadie, exhibiendo un documento que en realidad no las contenía, sino una solicitud al Alcalde de Barranquilla para que se abstuviera de ejecutar trabajos en esa zona, mientras se surtía un deslinde por parte del Incora.

En la misma diligencia declararon Carlos Enrique Vargas Cuéllar afirmando que varias veces había sido obstruido para visitar por esa calle los predios de Alvaro Ramírez, lo que venía impidiendo la negociación que sobre ellos se intentaba, y José León Dulce, a quien el día anterior le habían prohibido cruzar con un vibrador y un compactador para realizar trabajos en el mismo predio. La funcionaria autorizó tomar impresiones fotográficas que corroboraban lo por ella descrito.

Sobre la franquicia u obstrucción de la vía rindieron versión diferentes testigos, tanto vinculados con la Armada, como invocados por los querellantes, afirmando unos que el paso por la calle 69 no había sido obstaculizado a partir del amparo concedido, como es el caso de Esther Judith Arteta, Betty del Carmen López y Silvana Pezzano (folios 409, 410 y 412 del primer cuaderno de incidente) y los centinelas Wilder Muñoz, Edwin Isaías Figueroa y Rafael Antonio Contreras (folios 185, 187 y 188 del segundo cuaderno), pretendiendo estos últimos que en el mes de noviembre, los días señalados por los querellantes, no hubo interrupción de la vía, aún cuando uno de ellos admite haber colocado por propia iniciativa una de las vallas para alertar la presencia de un hueco, pero que enterados los superiores, dispusieron regresar la valla al sitio original, es decir, de frente a la Escuela.

Del otro extremo declararon reafirmando los Antecedentes del conflicto, la restitución administrativa de la calle y la posterior colocación de las vallas obstructivas, la doctora Alice del Rosario Jiménez, Inspectora Segunda de Policía -folio 297-, y sobre el cierre reiterado del paso el operario de Ramírez Cano, señor Hernando Martínez Orozco, advirtiendo que solo dos de las más de diez veces que quiso visitar el predio, fue autorizado por

el personal de centinelas de la Armada para hacerlo. Constan también las fotografías que anunció la Inspectora -folios 234, 235 y 236 cuaderno 2 de incidente , corroborativas del cierre de la calle.

2.3. Que durante el tiempo de ocurrencia de los actos perturbatorios denunciados, valga decir, desde mediados del mes de noviembre hasta el día 3 de diciembre -por lo menos-, en que la Inspectora constató el incumplimiento del amparo, era el Capitán Navarro Dallos el Director de la Escuela de Suboficiales lo ratifica la información documental que obra a los folios 95 y 258 del segundo cuaderno de incidente, pues en ellos se certifica que a partir del 1o. de enero de 1997 se trasladó a cumplir con la convocatoria que se le hacía a curso, y que como Director permaneció entre el 2 de febrero de 1996 y el 17 de diciembre del mismo año, así el defensor sostenga que ese retiro se produjo el 13 de diciembre (como consta en acta de entrega -f. 299 cuad. 1), lo que no afecta los cargos formulados.

3. Ahora bien, es de reconocer que la sola infracción al fallo de tutela, sumada a la presencia del sancionado en la Dirección de la Escuela, no bastarían per se para inferir su responsabilidad, sin ingresar a un análisis sobre su culpabilidad, pues como se afirmara en la ponencia original, ahora anunciada como salvamento de voto por el Magistrado disidente de esta Sala, no se podría imponer aquí una sanción con asidero en la sola responsabilidad objetiva.

Mas, lo que sucede es que a diferencia de una simple inferencia de responsabilidad objetiva, median en el plenario pruebas suficientemente ilustrativas de la existencia de unas órdenes superiores de bloqueo de la calle 69, que desobedeciendo abiertamente el fallo de tutela, solo pueden atribuirse al superior competente para expedirlas, lo que apunta inequívocamente en contra del entonces Capitán de Navío Alonso Navarro Dallos, como Director de la Escuela Naval de Suboficiales.

Probatoriamente, conforme se ha visto, esta es la respues-ta que los centinelas aparecen dando a los quejosos para no dejarlos transitar libremente por la vía pública, como es la explicación que el 3 de diciembre le dieron a la Inspectora Segunda de Policía de Barranquilla cuando se presentó a verificar los hechos de la queja policiva, percibiendo por sus propios sentidos, la instalación de las dos vallas obstructivas.

Podría pensarse, como lo afirma el señor apoderado del oficial sancionado, que el hecho le era atribuible a la iniciativa del centinela Edwin Isaías Figueroa, porque éste así lo acepta; que hubo una mala interpretación de la comunicación que en copia tenían y exhibían los infantes encargados del cuidado de la Escuela, o que la colocación de una de las vallas quería evitar la ocurrencia de un accidente cuando cualquier transeúnte cayera en el hueco que con ella se tapaba. Sin embargo, lo que el expediente acredita es una verdad bien diferente de estas tres hipótesis, conforme resulta fácil entenderlo.

Como primera medida debe tomarse en consideración que en la obstrucción de la vía pública no estaba participando cualquier clase de entidad o de servidor público, sino unos miembros de la fuerza pública, en quienes pesa esencialmente la jerarquía militar y el cumplimiento de las órdenes recibidas, en acatamiento del principio de la obediencia debida, siendo claro que su función no era la de adelantar a iniciativa propia funciones de inteligencia, sino la de atender las instrucciones y órdenes impartidas regularmente por sus superiores, pues se trata de centinelas a quienes se asigna un puesto y unas funciones claras, concretas y determinadas.

Sumado a ello debe añadirse que la afirmación de haber sido impedidos para el libre tránsito no procede con exclusividad de los quejosos del incidente, sino que a su lado declararon otras varias personas coincidiendo en el padecimiento del mismo abuso de los uniformados, que no era otro que el que de tiempo atrás había suscitado la tutela. Así lo expresaron, ya se ha visto, la Inspectora de Policía a quien solo asistía la intención de cumplir con sus deberes oficiales, las voces de los testigos Hernando Martínez Orozco, Carlos Enrique Vargas Cuéllar y José León Dulce, y para que no medie el menor equívoco, así se plasmó en las fotografías que hacen parte del expediente, y que definitivamente confirman que los carteles no estaban recostados para prevenir a quien tratara de penetrar a los predios de la Escuela Naval, sino apostados sobre la vía pública, e interfiriendo su uso.

Tampoco podría ingenuamente acogerse la explicación de que con dichos carteles se prevenían defectos del terreno, porque el contenido de la prevención que en ellos se lee no da lugar a duda alguna sobre su objeto, que no es otro distinto al de advertir que allí está apostado un retén militar; que el transeúnte debe detenerse, y abstenerse de cruzar, mensaje lo suficientemente ilustrativo para cualquier persona que sepa leer el idioma castellano y tenga el más mediano entendimiento, pues para nadie serían imprevisibles las graves consecuencias que le ocasionaría una desobediencia de tal trascendencia, frente a las órdenes impartidas en el sitio por parte de personal armado.

Ahora bien, para acabar de eliminar la idea de que serían preferibles las explicaciones a posteriori de los infantes de marina, subordinados del personaje investigado, y contradictorias con las explicaciones dadas en el momento y en el lugar donde impidieron el tránsito peatonal y vehicular, basta con recordar que dentro del Decreto 085 de 1989 se describen y fijan los alcances de las órdenes militares, en términos que descartan cualquiera de las acomodaticias excusas dadas por los centinelas:

En este sentido, y por vía de ejemplo, debe tenerse en cuenta que las órdenes militares no se le encomiendan a cualquier persona dentro de los rangos militares, sino que deben provenir de quienes ejercen el comando.

porque los mandos medios quedan limitados tan solo a transmitirlas, tal y como lo indica el artículo 13 de invocado ordenamiento:

"Todo aquel a quien se atribuya una función de comando es competente para expedir órdenes..."

Y esa calidad, en el caso de la Escuela Naval de Suboficiales radicaba en cabeza de su Director, pues no de otro modo se comprende que el funcionario de tutela le hubiese impuesto a él y no a sus inferiores la obligación de respetar y de cumplir la providencia judicial, sin que el Capitán Navarro Dallos se haya excusado jamás, en estas diligencias, ni aduciendo el desconocimiento del mandato de tutela (así éste no se hubiese hecho constar en el acta de entrega que alude su apoderado), ni excusando la existencia de una orden superior o de una contraórden capaz de desvirtuar las por él mismo emitidas.

Y por lo mismo se entiende que el artículo 15 del mismo ordenamiento agregue que "La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta", pues a éste se le concede apenas la posibilidad de hacer saber a su superior la posible ilegalidad o abuso que el mandato encierra, al punto de que si aquel insiste por escrito, no tiene el subordinado otra opción distinta que cumplirla, lo que una vez más lleva a ubicar la responsabilidad por acción y aún por omisión en el servidor público encargado de librar la orden respectiva.

En ese orden, una hipótesis más podría aún entretejerse, si se estimase que el resultado se dio porque alguna ambigüedad surgiera de la imperfección de la orden emitida, lo que se infiere del contenido del fallo de tutela, que al mismo tiempo que de modo tajante le impedía al personal de la Armada volver a obstruir el libre tránsito por la calle 69 de Barranquilla, daba a entrever que por razones de seguridad podrían tomarse por ese cuerpo medidas que previniesen la posibilidad de ataques o atentados.

Solo que bajo un tal supuesto no se podría tampoco excluir la responsabilidad del implicado, pues como ya se ha visto, para su caso es la ley la que le responsabiliza por la orden emitida, lo que no se podría entender de modo diferente, tomando en cuenta el mandato de que:

"Antes de impartirse una orden se reflexionará sobre si su contenido está dentro de las facultades inherentes al cargo, si no invade atribuciones ajenas, si no es contraria al espíritu o la letra de las normas y preceptos, reglamentos u órdenes superiores, si está bien concebida y si no dará lugar a contraórdenes" (artículo 16, Decreto 85 de 1989)".

Al extremo que en concordancia con éste, el artículo 28 ibidem prescriba que:

"Es inaceptable en el superior disculparse con las omisiones, descuidos o excesos de sus subalternos...".

Por todo lo anterior se infiere sin la menor dificultad la culpabilidad del sancionado, pues si la orden judicial de amparo comprometía al Director de la Escuela Naval de Suboficiales ARC Barranquilla, para la fecha de los hechos a cargo del Capitán de Navío Alonso Navarro; si éste acepta el conocimiento de ese deber concreto; si a pesar de ello el derecho de los accionan-tes se violó por personal de la Escuela, cuyas excusas fueron las de estar obedeciendo una orden superior, era este oficial en quien se radicaba el deber de impartir y hacer cumplir la orden de tutela, pues agregado a todo lo anterior el normador consagra una responsabilidad personal y no institucional, acorde con la necesidad de hacer real, efectivo y rápido el ejercicio del derecho constitucional que hubiese sido conculcado.

Como de lo anterior asoma que el Tribunal actuó conforme a derecho, será forzosa la ratificación de la medida traída en consulta, con mayor razón si la levedad de la sanción se acomoda con una transgresión episódica, y no con una rebeldía pertinaz o crónica de parte del obligado.

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

RESUELVE:

Confirmar la providencia motivo de consulta, en cuanto impone al Capitán de Navío Alonso Navarro Dallos una sanción de arresto igual a cinco (5) días, y una pena de multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales, como infractor de la sentencia de tutela de diciembre 5 de 1994, confirmada por esta Corporación y Sala con la suya del 8 de febrero de 1995.

Cópiese, comuníquese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (sin firma), *Nilson Pinilla Pinilla* (con salvamento de voto), *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

INCIDENTE DE DESACATO, REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA: el sólo hecho de ser Director de la dependencia obligada por la tutela, no hace al funcionario, *per se*, responsable, pasible en su propia libertad, de las malinterpretaciones o de lo que hagan o dejen de hacer distantes subalternos

El Capitán de Navío que a pesar de impartir, en cumplimiento de sentencia de tutela, la orden de permitir el libre tránsito por una calle aledaña a la Escuela Naval de la cual era director, es desoído por un subalterno quien transitoriamente impide el paso por el lugar, no puede ser sujeto pasible de sanciones personales por desacato.

"Es claro entonces que el Oficial [...] sí comunicó con oportunidad y precisión la instrucción de acatar las órdenes impartidas en el fallo de tutela, y fue atendido por sus colaboradores. [...]

En resumen, los [...] medios de convicción no permiten concluir, en mi criterio que no está llamado a establecer responsabilidades militares, ni objetivas ni transferibles hallándose por medio la libertad de las personas, que el Capitán [...], durante la mayor parte de 1996 Director de la Escuela Naval [...], haya desoído las órdenes impartidas por el juez de tutela en este caso. Pudo haberse presentado transitoria desobediencia al fallo, pero no encuentro establecido que se debiera a disposición o negligencia del mencionado Oficial.

[...] sin aparecer mérito para reprocharle a él personalmente el desacato; estimo que el sólo hecho de ser Director de la dependencia obligada por la tutela, no lo puede convertir por se en el responsable, pasible en su propia libertad, por lo que malinterpreten, hagan o dejen de hacer distantes subalternos."

Con mi habitual respeto por las decisiones de la mayoría, me permito presentar, a manera de salvedad frente a la decisión de la Sala, las razones sobre las cuales se afianzó el discernimiento, entre las que me llevaron

a proponer, sin acogida alguna, "REVOCAR los numerales 2° y 3° de la parte resolutiva de la providencia de fecha 10 de diciembre de 1997 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, por no haber incurrido el sancionado en el desacato que se acusa", en las cuales persisto.

1. En orden a establecer si la sanción impuesta por el Tribunal al Capitán Alonso Navarro Dallos consulta la evidencia recopilada en el trámite incidental, es de ver que en el fallo de tutela de primera y segunda instancia se dispuso, de una parte, que la Escuela Naval de Suboficiales ARC. Barranquilla tramitara ante la autoridad competente permiso especial para el cierre de la calle 69 en el tramo que va de la vía 40 hasta el río Magdalena, aledaña a sus instalaciones, y que en caso que el permiso fuera negado, debía despejar la vía con las precauciones y medidas de seguridad que son propias de las instalaciones militares; y, por otra parte, que de manera inmediata se abstuviera de perturbar los derechos de Alvaro Iván Ramírez Cano, propietario de un predio adyacente a la mencionada calle 69.

De acuerdo con los medios de comprobación aportados, el Capitán de Navío Guillermo Alberto Díaz Díaz, Director para entonces de la mencionada Escuela, solicitó permiso para restringir el paso sobre la calle 69, por razones de seguridad, petición que fue negada por el Alcalde Distrital de Barranquilla, mediante resolución número 195 de marzo 21 de 1995 (fols. 134 y 135 cd. 1 del incidente).

Al no obtener la Escuela Naval de Suboficiales ARC. Barranquilla el permiso que por mandato superior corresponde otorgar a los alcaldes municipales (arts. 313 y 315 Const.); mediante acta de fecha 9 de marzo de 1995, impartió órdenes a sus miembros para que en relación con la calle 69 adyacente a sus instalaciones, permitan "transitar y la libre locomoción", sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias en orden a preservar la seguridad de sus instalaciones, tal como dispuso la orden de amparo, mandato que fue reiterado a las distintas secciones de la Escuela, entre ellas al puesto número 5 ubicado en la esquina de la vía 40 que da acceso a la calle 69 (fols. 146 a 154 ib.).

En lo que tiene que ver con el Capitán Alonso Navarro Dallos, Director de la Escuela de Suboficiales ARC. Barranquilla en el lapso comprendido entre el 2 de febrero y el 17 de diciembre de 1996, en el mes de marzo de dicho año él imparte la "SEÑAL" número 020900R:

"Acuerdo Fallo Tutela Tribunal Superior Distrito Judicial Barranquilla Sala Penal Calendado 05/94 Confirmado Corte Suprema De Justicia 08 Febrero/95 debe continuarse cumplimiento sentido permitir tránsito todas las personas x vehículos deseen transitar sector 'calle 69' x recuérdase medidas seguridad permitidas mismo fallo tutela x debe

impartirse instrucción al personal acuerdo citadas providencias" (fols. 152 ib. y 213 cd. incidente 2 transcripción textual).

El Capitán de Fragata Rodolfo Rodríguez Castro, Subdirector de la Escuela, en marzo de 1996, a través de la "señal" número 021100R dispuso que "siguiendo instrucciones señor Director Escuela Naval Suboficiales ARC. Barranquilla", en obedecimiento a los fallos de tutela proferidos en este asunto, "debe continuarse cumplimiento sentido permitir tránsito personas x vehículos desee transitar sector 'calle 69' x lo anterior debe impartir instrucción personal presta servicio centinela sector mencionado x recuérdase medidas seguridad permitidas mismo fallo" (fols. 152-1 cd. incidente 1 y 214 cd. incidente 2).

En relación con el centinela que presta servicio en el puesto número 5 (junto al acceso a la calle 69 desde la vía 40), el Comandante Compañía de Seguridad, Capitán Manuel Alvarez Gómez, y el Subdirector de la Escuela, C. F. Rodríguez Castro, ordenan cómo "Consigna" 4, que "todo el personal procedente de la vía 40 que desee transitar por la supuesta calle 69, puede hacerlo sin ninguna clase de obstáculos, pero debe advertírsele que por ningún motivo podrá sobrepasar los límites de la Escuela Naval de Suboficiales A.R.C. 'Barranquilla'" (fol. 153 cd. incidente 1).

Es claro entonces que el Oficial Navarro Dallos sí comunicó con oportunidad y precisión la instrucción de acatar las órdenes impartidas en el fallo de tutela, y fue atendido por sus colaboradores.

2. Volviendo a secuencia cronológica, sobre lo que habría de ser la calle 69 en el tramo comprendido desde la vía 40 hasta el río Magdalena, trazado que colinda con las instalaciones de la Escuela Naval de Suboficiales ARC. Barranquilla, la Inspección 2ª de Policía Distrital de dicha ciudad adelantó proceso de restitución de bien de uso público, actuación que culminó el 3 de enero de 1996, luego de que la calle 69 fuera demarcada por las autoridades competentes, ordenándose demoler parte de las instalaciones de la Escuela que invadían el trayecto destinado a tal vía (fols. 98 a 110 cd. 1 incidente).

En rededor a que sobre el tramo que da acceso a la calle 69 de la vía 40 hacia las riveras del río Magdalena, al menos desde finales del mes de noviembre hasta el 3 de diciembre de 1996, se encontraban letreros "pare retén militar" y "no pase zona militar", y que el centinela apostado en la garita número 5 haya impedido el paso de algunas personas contratadas por Alvaro Iván Ramírez Cano, situaciones que se atribuyen para entonces todavía Director de la Escuela, Capitán Alonso Navarro Dallos, es de anotar lo siguiente:

a) El 3 de diciembre de 1996 la Inspección 2ª de Policía Distrital de Barranquilla practicó inspección a "la entrada" de la proyectada calle 69, constatando que dos vallas y unos escombros estaban "obstaculizando" el paso (fols. 49 y 50 cd. 1 incidente).

Aportadas al trámite incidental fotografías de lo allí encontrado (fols. 234 a 236 ib.), permiten apreciar que la valla identificada "no pase zona militar" se encontraba junto a unos escombros, al empezar lo que se supone es la calle y la otra "pare reten militar", ubicada de costado hacia las instalaciones de la Escuela Naval. La funcionaria que practicó la referida inspección recogió dos versiones de que el paso por allí ciertamente estaba siendo impedido y el centinela de turno le expresó "que tenía órdenes superiores para no dejar entrar a nadie incluyendo en esto personas o maquinarias a la calle", mostrándole un documento dirigido por el Vicealmirante Hugo Sánchez Granados al Alcalde de Barranquilla, en solicitud de abstenerse de efectuar "cualquier tipo de obra relacionada con la mencionada vía, en terrenos bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima, hasta tanto no se tramite el permiso correspondiente y se efectúe el deslinde de los terrenos por parte del Incora".

Dicha funcionaria testifica el 20 de agosto de 1997, que entonces habló con "el director encargado, porque el director no estaba..., ...que quitara esos avisos, él los quitó ese mismo día" (fol. 299 cd. número 2 incidente).

b) Dada la vecindad con la zona militar, en el fallo de tutela se dispuso que la entidad accionada si bien debe despejar la proyectada vía para el uso público, ha de mantener, de acuerdo con la ley, las precauciones y medidas de seguridad, las cuales de manera obvia no podrán impedir la circulación por la vía.

Puede, de otra parte, apreciarse que al ser cumplida la restitución del espacio público, un sector de las instalaciones de la Escuela Naval de Suboficiales ARC. Barranquilla quedó sin demarcación ni cerramiento en el área colindante con la proyectada calle 69.

Dentro del diligenciamiento acopiado después de la decisión de nulidad proferida por esta Sala, en lo que atañe a los incidentes finales de 1996, se observa que el centinela Edwin Isaías Figueroa Murillo declaró extrajudicialmente, versión que ratificó ante el Tribunal -f. 390 cd. 2 incidente-, que estando de servicio por aquella época y lugar, "rodé uno de los avisos hacia un hueco", para prevenir que alguien sufriera un accidente, "pero con ésto no se impedía el paso de los vehículos ni del personal", y que terminado su turno colocó "nuevamente el aviso sobre los predios de la Escuela"; de la misma forma, Rafael Antonio Contreras Martínez sostuvo que no fue impedido el libre tránsito, y que en razón a que no hay rejas dentro de los predios de la Escuela, sobre la "calle 69 solo existían los avisos de no pasar".

Precisan los referidos centinelas, al igual que Wilder Alonso Muñoz Londoño, que en ningún momento el Capitán Navarro Dallos les ordenó obstaculizar el paso por la calle 69 y que las instrucciones impar-

tidas se concretaban a pedir identificación, revisar los vehículos y advertir que no se pasara hacia los predios de la Escuela (fols. 185 y Ss. cd. 2 incidente).

Por su parte, el Oficial de Manuel Antonio Alvarez Gómez expuso (fol. 189 ib.):

"recibí instrucciones claras y precisas del señor Capitán de Navío Alonso Navarro Dallos, referente al libre tránsito por la calle que se debería dar en caso de que alguien transitara por ella, órdenes escritas las cuales se le transmitieron en forma exacta al personal de Infantes de Marina los cuales eran los encargados de prestar el servicio de centinelas de toda la unidad, y cerca al acceso a dicha calle se encontraban un puesto de centinela por los cuales se impartieron consignas particulares de permitir el libre tránsito de personas y automóviles previa verificación por motivos de seguridad personal y de las instalaciones".

Agrega que sí se dispuso la colocación de "unas vallas móviles con letreros alusivos a Zona Militar con el objeto de advertir el no ingreso a predios de la Escuela Naval", pero en ningún momento se estableció colocarlas impidiendo el tráfico sobre la calle 69. Supo que un centinela "por iniciativa propia y actuando de buena fe" instaló uno de los dos avisos sobre la calle, pero fue con la intención de prevenir las dificultades del paso de vehículos por los escombros, y que en todo caso le ordenó "devolver la valla a su sitio original".

Los citados avisos, entonces, no fueron ordenados para colocarlos en medio de la proyectada calle 69 con el fin de impedir el paso por ella, sino para prevenir la intrusión desde allí a los predios de la Escuela.

Por su parte, el accionante Max de Jesús Rangel Fuentes, quien insiste en el desacato, reconoce "el estado enmontado de la calle, como se aprecia en las fotografías tomadas en los días inmediatamente anteriores a la formulación del presente incidente", para agregar que "tampoco transitaron por allí con vehículos" (fol. 42 cd. ib.), y que en la actualidad "los trabajos se adelantan en forma satisfactoria y sin impedimento alguno" (fol. 288 ib.).

Así mismo, el 10 de marzo de 1997 miembros de la Sección Criminalística de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Barranquilla, a petición del Tribunal, realizaron inspección, informando: "En la vía no se observó valla ni retenes que impidiera el paso." (fol. 33 ib.). Y el Alcalde Distrital de Barranquilla, en comunicación de fecha 28 de febrero de 1997 informó al Procurador Judicial Agrario que "la referida vía se encuentra debidamente resituida", motivo por el cual la administración iniciará algunas obras civiles (fol. 2 ib.). Si bien estas observaciones surgen dos o tres meses después, demuestran que la situación volvió al orden.

3. Sobre posibles medidas para evitar trabajos en el predio del accionante Alvaro Iván Ramírez Cano, si bien Hernando Martínez Orozco afirmó que contratado por aquél para efectuar labor topográfica, en algunas ocasiones los "militares" le obstruyeron el paso, dijo que ello ocurrió cuando el Director de la Escuela "Era el capitán Guillermo Díaz Díaz" (fol. 323 ib.), con lo cual se remonta a una época anterior a la del desacato endilgado al Capitán Navarro Dallos.

El propio actor Alvaro Iván Ramírez Cano, en escrito presentado luego de la nulidad dispuesta por la Corte, señaló al Capitán Díaz Díaz "culpable de todo este problema", mientras sobre al Capitán Navarro Dallos sostuvo que "al llegar a la dirección de la Escuela Naval encontró una situación conflictiva que databa de mucho antes... es quien menos tendría que ver con estas violaciones denunciadas" (fol. 326 ib.).

4. En resumen, los comentados medios de convicción no permiten concluir, en mi criterio que no está llamado a establecer responsabilidades militares, ni objetivas ni transferibles hallándose por medio la libertad de las personas, que el Capitán Alonso Navarro Dallos, durante la mayor parte de 1996 Director de la Escuela Naval de Suboficiales ARC. Barranquilla, haya desoído las órdenes impartidas por el juez de tutela en este caso. Pudo haberse presentado transitoria desobediencia al fallo, pero no encuentro establecido que se debiera a disposición o negligencia del mencionado Oficial.

De ahí que considero y así propuse a la Sala, quedando en solitaria posición, revocar la providencia consultada en cuanto lo sanciona, sin aparecer mérito para reprocharle a él personalmente el desacato; estimo que el sólo hecho de ser Director de la dependencia obligada por la tutela, no lo puede convertir por se en el responsable, pasible en su propia libertad, por lo que malinterpreten, hagan o dejen de hacer distantes subalternos.

Comedidamente,

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado.

Fecha, *ut supra*.

CONFLICTO DE COMPETENCIA, COMPETENCIA A PREVENCION: es competente para conocer de la tutela el juez del lugar donde se estén produciendo o amenacen producirse actuaciones que pongan en peligro el derecho fundamental invocado, no el del lugar de origen de la acción u omisión

El artículo 37 del decreto 2591 de 1991 "[...] permite sostener que el criterio para determinar el funcionario competente para conocer de la reclamación, no es el del origen de la acción u omisión que la motivan, sino el del lugar donde se estén produciendo o amenacen producirse sus efectos.

[...] Para evitar actuaciones incidentales y garantizar la celeridad en el trámite de la acción de tutela, la norma en cita señala expresamente la competencia a prevención, *cuya finalidad es precisamente impedir que cuando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario haya podido presentarse en un complejo marco territorial, los administradores de Justicia promuevan tan nefastas controversias y en consecuencia conozca de la reclamación el juez escogido por el accionante.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Radicación No. 4226

Aprobado Acta No. 10

ASUNTO

Desatar el conflicto negativo de competencias surgido entre los Juzgados Segundo Penal Municipal de Cali y Penal Municipal de Gachetá, para conocer de la acción de tutela interpuesta por Frisco González Reyes a través de apoderado, contra el extinto Juzgado 54 de Instrucción Criminal, la Dijín, la Sijín y el Departamento Administrativo de Seguridad de la ciudad de Cali.

ANTECEDENTES

Frisco González Reyes otorgó poder a un profesional del Derecho para que formulara acción de tutela en contra del extinto Juzgado 54 de Instrucción Criminal, la Dijín, la Sijín, y el Departamento Administrativo de Seguridad de la ciudad de Santiago de Cali. La acción fue presentada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de esa ciudad, y con ella se reclama la protección -entre otros- de sus derechos fundamentales a la libertad, buen nombre, trabajo y petición.

Explicó que en varias oportunidades ha sido retenido por las autoridades de Policía de la ciudad de Cali, debido a la orden de captura impartida el 23 de abril de 1989 por el entonces Juzgado 54 de Instrucción Criminal de Gachetá (Cundinamarca), en contra de Rogelio Rodríguez Vivas, quien ilegalmente se identifica con su mismo número de cédula. Afirmó encontrarse en "estado de zozobra, de incertidumbre y de persecución permanente", al punto que "sus actividades políticas en bien de la comarca caleña, sus labores académicas en Universidades de la ciudad, se han visto menguadas por el temor a ser capturado injusta e ilegalmente por las autoridades policivas" (fol. 5 c.o.).

Por reparto efectuado el pasado 27 de noviembre, las diligencias correspondieron al Juzgado 2° Penal Municipal de Cali (fol. 1). Al día siguiente ese Despacho ratificó bajo juramento al quejoso. El 1° de diciembre se declaró incompetente para conocer de la petición de amparo constitucional y ordenó remitir las diligencias al Juzgado Penal Municipal de Gachetá (Cundinamarca).

Tal decisión fue adoptada con fundamento en que la presunta vulneración a los derechos fundamentales del peticionario tiene como origen "la orden de captura impartida por el extinto juzgado 54 de instrucción criminal de Gachetá (Cundinamarca)... situación que le viene afectando ostensiblemente su vida privada y pública", deduciendo así que el agravio ha tenido ocurrencia en esa población, donde tenía su sede el referido juzgado (fol. 20 c.o.).

Por su parte el Juzgado Penal Municipal de Gachetá, sostuvo su incompetencia para conocer de la presente acción de amparo, y en consecuencia ordenó la remisión del diligenciamiento a esta Corporación para que se desate el conflicto suscitado. Para ello se fundamentó en lo siguiente:

> "...como quiera que se ha consultado tanto a la Unidad de Fiscalía Seccional de esta localidad, así como la de Ubaté, y el Juzgado Promiscuo Municipal de Guachetá, estableciéndose que en ninguna de estas sedes ha estado radicado para época alguna el aludido Despacho Judicial, son éstas razones más que suficientes, para estimar que este Estrado Judicial no tiene competencia para conocer de la Acción de Tutela instaurada por el señor Frisco González Reyes" (fol. 28 ib.).

Consideraciones de la Corte

Si bien no existe norma expresa que regule las diferencias de criterio que puedan surgir entre las autoridades judiciales al momento de establecer, en los términos del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, "el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud", y determinar así el funcionario competente para conocer de la acción de amparo, la Corte ha precisado que este tipo de conflictos no pueden ser ajenos al trámite tutelar, debiéndose acudir, en estos casos -y en todos los restantes de vacío legislativo-, a la regulación que al efecto se haga en el procedimiento ordinario, por virtud del principio de "integración jurídica".

Por ello jurisprudencialmente se tiene establecido que, atendiendo el trámite preferente y sumario propio de la acción de tutela, las divergencias que en torno a la competencia para conocer de la misma se originen entre los jueces de la República, deben ser resueltas de plano por el Superior de los funcionarios trabados en el conflicto.

Ahora, la Corte Constitucional ha precisado que si bien es cierto no existe norma expresa de rango constitucional ni legal que asigne a esta Corporación la competencia para desatar este tipo de divergencias, de todas formas "como los jueces constitucionales están en la obligación de resolver los señalados conflictos de competencia, el silencio del derecho positivo no puede convertirse en obstáculo insalvable". (cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, auto abril 5/95, Mag. Pon. Doctor Jorge Arango Mejía).

En este orden de ideas, se afirma la competencia de la Corte para dirimir el presente conflicto surgido entre dos Jueces Penales Municipales de diferente Distrito Judicial, de conformidad con el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, normas éstas que deben ser interpretadas en forma analógica para llenar el vacío legislativo anotado.

Independientemente de que la orden de captura cuya suspensión pretende el accionante haya sido impartida en el año de 1989 por el Juzgado 54 de Instrucción Criminal, radicado para esa época, según el quejoso, en la población de Gachetá (Cundinamarca) -afirmación sumariamente desmentida con la información allegada por la Jueza Penal Municipal de esa localidad-, es lo cierto que su reclamación pretende contrarrestar el estado de zozobra e incertidumbre que tal orden de aprehensión origina, por la amenaza constante que para su derecho constitucional fundamental a la libertad representa la posibilidad de ser capturado en la ciudad de Cali, donde tiene fijado su domicilio.

En punto a la competencia territorial para conocer de la acción de amparo constitucional, únicamente existe la previsión del artículo 37 del

Decreto 2591 de 1991, el cual establece que "Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación *o la amenaza* que motivaren la presentación de la solicitud" (Resaltó la Corte).

Esta previsión normativa permite sostener que el criterio para determinar el funcionario competente para conocer de la reclamación, no es el del origen de la acción u omisión que la motivan, sino el del lugar donde se estén produciendo o amenacen producirse sus efectos.

Tales efectos, como viene de afirmarse, amenazan producirse en la ciudad donde el accionante reside y tiene el asiento normal de sus actividades políticas y académicas: la ciudad de Cali. Es entonces la Jueza Segunda Penal Municipal de esa capital y no la de Gachetá (Cundinamarca), la competente para conocer de la acción constitucional instaurada por Frisco González Reyes.

Mayor contundencia adquiere la conclusión anterior, si se examina que el quejoso también invoca los derechos fundamentales de petición y trabajo, cuya vulneración indubitablemente se habría presentado en la mencionada ciudad de Cali, donde, como viene de afirmarse ejerce regularmente sus actividades, y donde tienen su sede las autoridades de Policía Judicial a quienes solicitó la cancelación de la orden de captura.

No sobra advertir, que al señalarse por el citado artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, "el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud", como criterio para determinar el funcionario que conocerá de esta acción, la asignación de competencia cobra un innegable y necesario nexo de *actualidad e inmediatez*, características propias de la protección que habría de prodigarse ante la eventual vulneración de derechos fundamentales.

Inmediatez que resulta desconocida cuando en forma obstinada los jueces constitucionales se enfrascan en este tipo de discusiones que desvían sus esfuerzos a la demostración de su incompetencia antes que a la solución del caso sometido a su conocimiento, inadvirtiendo que, para evitar actuaciones incidentales y garantizar la celeridad en el trámite de la acción de tutela, la norma en cita señala expresamente la *Competencia a Prevención*, cuya finalidad es precisamente impedir que cuando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario haya podido presentarse en un complejo marco territorial, los administradores de Justicia promuevan tan nefastas controversias y en consecuencia conozca de la reclamación el juez escogido por el accionante.

En este orden de ideas, resulta desacertado el criterio del Juzgado Segundo Penal Municipal de Cali, pues declaró su incompetencia basado exclusivamente en el lugar donde habría tenido su sede el Juzgado que en el año de 1989 impartió la orden de captura, sin examinar cuál sería el marco territorial actual en el cual se materializarían sus efectos.

En conclusión, le asiste razón a la Jueza Penal Municipal de Gachetá (Cundinamarca) al declararse incompetente para tramitar la acción de tutela en referencia. Su conocimiento, en consecuencia, se asignará a la Jueza Segunda Penal Municipal de Cali, a donde se devolverá inmediatamente el diligenciamiento, enviando copia de esta decisión al Juzgado Penal Municipal de Gachetá.

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

RESUELVE:

Adscribir la *competencia* para conocer de la presente acción de tutela al juzgado segundo penal municipal de Cali, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado Penal Municipal de Gachetá.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (sin firma), *Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia* (sin firma), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE PETICION, REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO: 1. Los permisos especiales de que trata el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 no son derechos fundamentales. 2. La obligación de certificar sobre requerimientos, antecedentes judiciales, contravencionales, fugas, tentativa de fuga, órdenes de captura, etc; son exigibles de las autoridades judiciales sólo si dentro del proceso se cuenta con la información pertinente, por tanto, en este último evento no se configura vulneración del derecho del recluso. Autoridades ante las cuales se debe acudir para obtener este tipo de informaciones

"No necesariamente las autoridades judiciales que conocen de un determinado asunto, tienen que certificar sobre requerimientos, antecedentes judiciales, contravencionales, fugas, tentativa de fuga, órdenes de captura, etc. Ello, sólo es posible si dentro del proceso se cuenta con la información pertinente. En caso contrario, es bueno precisarle al recurrente. [...] que la información requerida puede obtenerse directamente de los organismos de seguridad del Estado (DAS y Policía Nacional), así como también en el Centro de Información sobre Actividades Delictivas 'CISAD' de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto a los antecedentes judiciales y contravencionales y órdenes de captura vigentes. Y en lo relativo a las posibles fugas o tentativa de fugas, puede ser obtenida a través de las autoridades carcelarias donde el accionante ha estado privado de su libertad [...] además que, por mandato del artículo 62 del Código Penitenciario y Carcelario, toda persona que ingrese a una Penitenciaría será sometido a un examen médico y evaluación social y moral, 'debiéndose abrir la respectiva cartilla biográfica' en la que deberá anotarse todo dato de interés en la vida del recluso, lo cual permite a los Directores de los Establecimientos Carcelarios, consultar dicha fuente de manera inmediata y precisa, sobre los datos que se requieren para atender las peticiones de los internos, como la relacionada con el permiso que reclama el aquí recurrente."

Efectúa la Sala esta precisión, con el fin de evitar trámites innecesarios y muchas veces equivocados, con mayor razón al entrar en vigencia la Ley 415 de 1997.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Radicación No. 4242

Aprobado Acta No. 011

Por impugnación del interno Rito Antonio Aragón Calderón, quien se halla privado de su libertad en la Penitenciaría Nacional de Picaleña en Ibagué, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior de la misma ciudad le negó la tutela del derecho al beneficio administrativo de permiso de 72 horas previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, presuntamente vulnerado por la Sala de Decisión Civil de la misma Colegiatura y la Directora del mencionado centro de reclusión.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Dice el accionante Aragón Calderón que en su calidad de recluso de la Penitenciaría Nacional de Picaleña en Ibagué, haciendo uso del derecho fundamental de petición, solicitó a las autoridades carcelarias el reconocimiento del permiso administrativo por 72 horas que consagra el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 -Código Nacional Penitenciario y Carcelario-, sin que vencidos los términos se le haya dado respuesta, razón por la cual instauró ante la Sala Civil del Tribunal Superior de la citada ciudad, acción de tutela para la protección tanto del derecho de petición, como del beneficio administrativo aludido, siendo decidida favorablemente en cuanto al primero.

Agrega que como quiera que la Directora del establecimiento carcelario se negara a concederle el permiso demandado, a principios del mes de noviembre del año inmediatamente anterior, se inició incidente por desacato y cuyo pronunciamiento resultó favorable a la funcionaria, no obstante que la Directora desconoció que desde hace varios meses tiene derecho al permiso especial y el Magistrado Efrén Bustos lanzó juicios personales a priori, lejos del resultado de una imparcial investigación, toda vez que era su deber propender por sus derechos fundamentales, entre otros el de igualdad, ya que son varios los casos de otros reclusos similares al suyo, que vienen disfrutando del beneficio administrativo reclamado.

Pone de presente que según pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Juez de Tutela no solo está en la obligación de pronunciarse sobre los derechos expresamente invocados por el actor, sino también sobre aquellos que considere se han violado o puedan estar amenazados por las acciones u omisiones de la autoridad pública.

Afirma que "pese a que el permiso de 72 horas no es un derecho fundamental", sí es un derecho "pleno", siendo procedente su amparo por su naturaleza de conformidad con lo preceptuado por el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991, con mayor razón cuando hace veinte (20) meses que cumplió con los requisitos legales para su otorgamiento y que han transcurrido nueve (9) meses de su petición inicial, contrariando los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo y el Decreto 1542 de 1997.

El fallo recurrido

Para denegar el amparo solicitado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué precisa que las personas privadas de su libertad conservan derechos durante su internamiento, pero están sometidas a un régimen que debe ser observado tanto por ellas mismas, como por las autoridades de la institución. El estatuto carcelario consagra derechos de los internos, pero no de suyo se pueden calificar a priori de fundamentales, ya que formalmente se les afecta un derecho principalísimo, como es el de la Libertad.

Destaca que el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 consagra el permiso administrativo hasta por 72 horas, pero ni siquiera como derecho, sino como una concesión, una gracia, un beneficio, ("...podrá conceder..."). Aclara que el derecho se distingue del beneficio o gracia, en que el primero no puede negarse cuando se hallan presentes los requisitos para su otorgamiento, en cambio, lo segundo, es discrecional del funcionario el otorgarlo o negarlo, razón por la cual, al no constituir un derecho, no puede ser tema de la acción de tutela, pues ésta exige que se trate de un derecho y además, fundamental.

La impugnación

En escrito de sustentación, el accionante se limita a manifestar que impugna el fallo de primera instancia por considerarlo "injusto y desfasado", puesto que su derecho al permiso administrativo de 72 horas es "pleno" y por lo mismo, tutelable a la luz de la Constitución. Que bastará a esta Sala observar las pruebas allegadas al informativo, para concluir la procedencia del amparo solicitado, emitiendo un fallo diáfano y acorde con el estado social de derecho que nos rige.

Consideraciones de la Corte

1. Como quiera que la acción está dirigida contra la decisión judicial proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Ibagué, que negó imponer sanción por desacato a la Directora del Establecimiento Carcelario donde se halla recluido el accionante, ha de reiterarse una vez más el criterio expuesto por esta Sala en el fallo de fecha 19 de septiembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Torres Fresneda.

pues "forzoso se hace recordar que ya al comenzar su vigencia el Decreto 2591 de 1991 las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubieren siquiera instituido la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley".

La propia Corte Constitucional y ya con fuerza vinculante erga omnes coincidiera más tarde con este pensamiento en su sentencia C-543 de fecha 1° de octubre de 1992, exceptionando apenas el evento de la interposición como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y más recientemente mediante providencia del 30 de agosto de 1995 lo reiteró esta Sala de Casación Penal, significando la improcedencia de pedimentos como el que aquí se plantea porque teniendo el recurrente amplitud de medios judiciales para enervar al interior del proceso la decisión que genera su inconformidad, no le es posible someter ese conflicto a la determinación de jueces diferentes del natural.

2. En cuanto a la actuación de la doctora Imelda López Solórzano, en su condición de Directora de la Penitenciaría Nacional de Ibagué "Picaleña", tampoco existe motivo alguno que pueda dar razón al recurrente, ya que ningún derecho de carácter fundamental se le ha violado o puesto en peligro. Como lo precisó el Tribunal Superior de Ibagué, la acción de tutela solo procede para la protección de derechos fundamentales y, en verdad, el permiso administrativo a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, no lo es y así lo acepta expresamente el accionante en su escrito de impugnación.

3. Ante la solicitud de permiso especial de 72 horas que elevara Aragón Calderón, la funcionaria informa que no se han cumplido los requisitos exigidos por las normas aplicables al caso concreto. Empero, todo parece indicar que el único obstáculo que se ha presentado para complementar la información pertinente con relación a posibles requerimientos judiciales y eventuales fugas o tentativa de fugas, es que dentro del proceso respectivo no se cuenta con elementos de juicio para satisfacer el requisito dicho.

No necesariamente las autoridades judiciales que conocen de un determinado asunto, tienen que certificar sobre requerimientos, Antecedentes judiciales, contravencionales, fugas, tentativa de fuga, órdenes de captura, etc. Ello, solo es posible si dentro del proceso se cuenta con la información pertinente. En caso contrario, es bueno precisarle al recurrente, pues de su escrito se desprende que ninguna orientación sobre el tema ha recibido y de paso a la funcionaria accionada, que la información requerida puede obtenerse directamente de los organismos de seguridad del Estado (DAS y Policía Nacional), así como también en el Centro de Informa-

ción sobre Actividades Delictivas "Cisad" de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto a los Antecedentes judiciales y contravencionales y órdenes de captura vigentes. Y en lo relativo a la posibles fugas o tentativa de fugas, puede ser obtenida a través de las autoridades carcelarias donde el accionante ha estado privado de su libertad (Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad y Penitenciaría Rural de Calarcá), además que, por mandato del artículo 62 del Código Penitenciario y Carcelario, toda persona que ingrese a un Penitenciaría será sometido a examen médico y evaluación social y moral, "*debiéndose abrir la respectiva cartilla biográfica*", en la que deberá anotarse todo dato de interés en la vida del recluso, lo cual permite a los Directores de los Establecimientos Carcelarios, consultar dicha fuente de manera inmediata y precisa, sobre los datos que se requieren para atender las peticiones de los internos, como la relacionada con el permiso que reclama el aquí recurrente.

Con el fin de evitar trámites innecesarios y muchas veces equivocados, con mayor razón al entrar en vigencia las Ley 415 de 1997 "de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria", copia de esta providencia será remitida al Director General del Instituto Penitenciario y Carcelario y a la Directora de la Penitenciaría Nacional de Ibagué "Picaleña", para su conocimiento y fines legales pertinentes.

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. *Confirmar* la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué, negó por improcedente el amparo solicitado por el recluso Rito Antonio Aragón Calderón, por las razones consignadas en precedencia.

2. Copia de esta providencia, remítasele al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y a la Directora de la Penitenciaría Nacional de Ibagué "Picaleña", conforme a lo anotado en la parte motiva.

3. Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese conforme a las previsiones del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: La tutela no puede emplearse para atacar decisiones definitivas, en especial cuando no se hizo uso de los medios existentes en el proceso para cuestionar la actuación adelantada (Reiteración) / **DERECHO DE DEFENSA:** La inactividad del defensor no implica necesariamente la vulneración del derecho del representado, la dinámica de la gran mayoría de los actos de defensa van de la mano de la realidad misma del proceso y de los informes con que cuente el profesional al que se le encomiendan

> *"La tarea del defensor suele desdoblarse en las funciones de asistencia y representación. Su actividad, en lo concreto, no esta predeterminada por norma alguna de derecho positivo, ni puede examinarse por vía general.*
>
> *El control de la legalidad de la actuación y de las decisiones que se toman al interior del proceso, así como la dinámica de la gran mayoría de los actos de defensa, van de la mano de la realidad misma del proceso y de los informes con que cuente, de primera o segunda mano, el profesional al que se le encomiendan. Este, al mismo tiempo, además de tener que velar por la observancia de un proceso legal, tiene como deberes ineludibles los que surgen de la naturaleza pública de la defensa en el sentido de que, prelextando su ejercicio no debe acudir a la interposición de recursos inútiles, a la petición de pruebas insustanciales o inconducentes, a la alegación de nulidades improcedentes o a maniobras de dilación. Ni siquiera está obligado a pedir invariablemente la declaración de inocencia o el reconocimiento de ventajas que, considere, no prosperarían.*
>
> *De tal manera, no es posible cuestionar la defensa, y por esta vía la legalidad del proceso, para remover el carácter definitivo de la sentencia, a la misma que se llegó después de que la judicatura publicitó el proceso e introdujo los controles que consideró correctos para garantizar la defensa de la acusada."*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., febrero diez (10) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Radicación No. 4210

Aprobado Acta No. 15

VISTOS

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el Juez 5° Penal del Circuito de Santa Marta, contra de la providencia de noviembre 27 de 1997, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad accedió a tutelarle a Luz Amanda Reyes Chacón el derecho fundamental al debido proceso.

HECHOS

El 13 de febrero de 1990 Rosa María Camargo Yepes denunció a la abogada Reyes Chacón, por el delito de estafa en cuantía de $2.000.000.oo. Esta le ofreció a la primera lograr la libertad del señor Ricardo Carrillo López, privado de ella en una cárcel de Santa Marta, a cambio de $3.000.000.oo, de los cuales le entregó dos el 27 de diciembre de 1996. Quedó de llevar la boleta respectiva el 29 siguiente y citó a la denunciante a la entrada del establecimiento de reclusión a las 5 de la tarde de ese día. Y nunca llegó. La señora Rosa María la buscó en Ciénaga, donde residía en una habitación que le había alquilado la señora Caridad Escorcia. Esta le informó que había viajado a Cúcuta. Y no volvió a saber de la misma, por lo que decidió poner el caso en conocimiento de las autoridades.

El proceso penal fue tramitado, la imputada fue declarada persona ausente y en tal calidad resultó acusada y condenada por estafa a la pena de 4 años de prisión, de conformidad con la sentencia expedida el 25 de enero de 1994 por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Santa Marta, contra la cual ninguno de los sujetos procesales interpuso recurso alguno.

El 8 de octubre de 1997, cuando la doctora Reyes Chacón se disponía a abordar un avión en Cúcuta con destino a Ocaña, fue retenida por el Das y desde esa fecha se encuentra privada de su libertad.

LA ACCIÓN DE TUTELA

A través de defensor público la doctora Reyes Chacón presentó demanda de tutela en contra del Juzgado 5° Penal del Circuito de Santa Marta, al estimar que le fue conculcado el derecho fundamental al debido proceso. Los hechos que aduce como fundamento de la conclusión son los siguientes:

Que en desarrollo de la investigación preliminar dispuesta por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Santa Marta, se comenzó la violación del derecho de defensa a la imputada debido a la falta de voluntad del funcionario investigador de citarla a rendir versión sobre los hechos.

· Que inexplicablemente el Juzgado 5° de Instrucción Criminal de la misma ciudad, en la resolución de apertura de instrucción expedida el 24 de julio de 1990, ordenó la captura de la abogada por el hecho de su "ocultamiento", sin agotar previamente los mecanismos previstos para lograr que compareciera. Dice el demandante que se conocía el sitio de residencia de la denunciada, a pesar de ello no se le enteró de la investigación en su contra y así las cosas se procedió irregularmente a emplazarla y declararla persona ausente, designándole un apoderado de oficio cuya inactividad fue absoluta.

· Que el juzgado instructor acusó a la procesada sin que previamente le hubiera resuelto la situación jurídica. Tampoco lo hizo en el auto enjuiciatorio.

· Formulada la acusación y a sabiendas de que el sitio de residencia de la doctora Reyes Chacón era la ciudad de Cúcuta, el Juez instructor ordenó que una emisora de Santa Marta, por primera vez, difundiera que era requerida dentro del proceso.

En conclusión, el trámite procesal conculcó el artículo 29 de la Constitución Nacional. La procesada sólo se enteró de la existencia del expediente en su contra al momento de su captura, habiendo sido evidente la negligencia de los funcionarios que lo tramitaron para lograr su comparecencia al proceso o para enterarla de que se le adelantaba en su contra. Se le negó, además, el derecho a contar con una adecuada defensa técnica. Aunque se le designó un abogado de oficio éste incumplió con sus obligaciones, hasta el punto de que resultó sancionado dentro del propio proceso con dos salarios mínimos legales mensuales por no asistir a la audiencia pública, ordenándose de manera paralela compulsarle copias para la investigación disciplinaria correspondiente.

Enfatiza el accionante que fue tan manifiesta la ausencia de defensa que el juzgador se vio en la necesidad de reemplazar al abogado oficioso inicialmente designado. Y a pesar de la evidente violación del derecho, en lugar de haber procedido el Juez a efectuar una declaración de nulidad lo que hizo fue llevar a cabo la audiencia pública, condenando luego a su representada.

La Providencia impugnada y el recurso

El 14 de septiembre de 1990 se recibió dentro del proceso penal, procedente de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la copia de la tarjeta decadactilar perteneciente a Luz Amanda Reyes Chacón y preparada el 27 de octubre de 1978, en la cual aparecía como su dirección la avenida 7ª N°14-72 de Cúcuta. Para el Tribunal Superior de Santa Marta, en consecuencia, la ubicación de la residencia de la imputada era conocida y en cuanto ninguno de los funcionarios que intervinieron en el proceso (a los

cuales califica de negligentes) intentó siquiera enterarla de su vinculación al expediente, la circunstancia "...raya en vía de hecho...".

A la doctora Luz Amanda Díaz Chacón se le impidió por lo tanto el ejercicio de su derecho de defensa material. Existía una dirección a la cual podía ser citada "...pero no se hizo el menor esfuerzo para lograr su comparecencia o notificarla por comisionado, de las providencias que debieron comunicársele, contrariándose en esta forma los artículos 177 y 472 del C. de P.P. vigente en ese entonces, que era el Decreto 050 de 1987, que ordenaban citar a la procesada a su última dirección conocida en el proceso por el medio más eficaz".

Lo precedente, aunado a la completa ausencia de defensa técnica a la cual estuvo sometida la procesada, conduce a la primera instancia a concluir que le fue conculcado el derecho fundamental al debido proceso, ya que la actuación procesal se desarrolló a sus espaldas.

Así las cosas, el Tribunal declaró procedente la acción de tutela y como consecuencia dispuso el restablecimiento de la garantía desconocida. Para el efecto le ordenó al Juez 5° Penal del Circuito de Santa Marta que en el término de 48 horas "...adopte los correctivos del caso..." orientados a dicha finalidad y desde la etapa sumarial, "...dándole el trámite que corresponda a plenitud al proceso mencionado", sin desconocer la resolución que definió la situación jurídica y las pruebas legalmente aducidas.

El titular del Juzgado Penal del Circuito apeló la determinación. Los siguientes sus argumentos:

Que la procesada con su conducta "...propició de modo superlativo la ineptitud del derecho de la defensa". Su calidad de abogada, además, "le imponía un mayor deber de diligencia frente a las imputaciones que se le hacían para que en estos momentos cuando ya tiene el peso de la justicia impute la vulneración de sus derechos a la administración de justicia...". Tales aspectos, advierte el recurrente, no fueron objeto de consideración en el fallo del Tribunal.

Agrega que el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal le prohibe al Juez que expidió la sentencia modificarla o revocarla, pero ante una hipotética violación de derechos fundamentales "...es perfectamente posible..." por vía de excepción de inconstitucionalidad (cita el artículo 4 de la C.N.), que el juzgador revoque el fallo y a su parecer era a tal mecanismo judicial que la accionante ha debido acudir en defensa de sus intereses, "...incluso interponiendo los recursos de ley..." y no a la tutela, que es un instrumento excepcional y supletorio. Contaba, además, con la acción de revisión.

De otra parte, continúa el impugnante, las vías de hecho de acuerdo con la Corte Constitucional "...deben responder a una actuación arbitraria, caprichosa, manifiestamente contraria al ordenamiento legal, que per-

mitan cuestionar la sentencia", lo que en momento alguno sucedió "...pues si bien puede existir alguna irregularidad, ello fue ... por el mismo comportamiento de la condenada", que omitió ejercer por voluntad propia los medios ordinarios de defensa dentro del proceso penal.

En cuanto a la dirección de la procesada en Cúcuta que aparecía dentro del expediente, dice que es un supuesto del fallo recurrido no comprobado. Lo que estaba demostrado dentro de la investigación es que la abogada huyó de Ciénaga (Magdalena) sin rumbo conocido. Y tal circunstancia hacía infructuoso "...localizarla en la dirección mencionada, pues no era concluyente que se encontrara en la misma".

Consideraciones de la Corte

Ha sido criterio reiterado de la Sala que la acción de tutela no es un instrumento apto para impugnar las decisiones de los funcionarios judiciales no obstante ello se demostrará cómo no tiene razón el Tribunal en cuanto consideró que se daba una vía de hecho que hacía procedente el amparo.

La acción penal se ejercita para concluir con una decisión definitiva sobre el objeto del proceso y es precisamente ese carácter de inmutabilidad e indiscutibilidad una de las notas características de la jurisdicción. La seguridad jurídica, la estabilidad del ordenamiento y la necesidad de que la sociedad encuentre certeza en la regulación y resolución de las relaciones jurídicas justifican esas notas de la cosa juzgada, la cual cede únicamente ante la posibilidad de una acción de revisión, por motivos de justicia material taxativamente regulados.

Este punto de partida tiene que ver con la estructura misma del Estado en tanto el ejercicio del poder y de la autoridad tienen límites insoslayables e infranqueables, uno de los cuales se manifiesta en el reconocido principio de preclusividad de la sentencia definitiva. Tal preclusividad supone que ciertas cuestiones del proceso penal no puedan ser de nuevo discutidas.

La protección a la firmeza de la sentencia es, entonces, nota de la esencia del Estado de derecho y de la separación de poderes. Un orden sin estabilidad en las decisiones de su sistema judicial le impide a los asociados toda previsibilidad y calculabilidad de sus relaciones jurídicas y le conduce a la inseguridad en el ejercicio de sus derechos y libertades. Si lo definido por la justicia nunca es definitivo, el ciudadano no podrá invocar sus decisiones para justificar su conducta y siempre podrá, en cambio, intentar desconocerlas.

En el caso examinado, a diferencia de como concluyó la primera instancia, una vía de hecho no tuvo ocurrencia. El proceso penal en el cual resultó condenada la abogada Luz Amanda Reyes Chacón, cumplió con

las formalidades legales. La indagación preliminar dispuesta por el instructor, de acuerdo a como lo declaró en la resolución del 3 de abril de 1990, tenía como una de sus finalidades lograr la individualización de la denunciada y nada le imponía al funcionario citarla a versión, como plantea el demandante que debió haber procedido. No consideró que fuera del caso realizar la diligencia y es absurdo sostener que ello comporte una omisión violatoria de algún derecho fundamental. Como tampoco lo fue el hecho también criticado por el demandante de haberse dispuesto la captura de la abogada en el auto de apertura de la instrucción. En el expediente aparecía que la denunciada residía en Ciénaga en la carrera 11 A N° 7-54 y estaba claro que se había marchado de allí luego de cometer la estafa. Era en consecuencia inútil citarla a indagatoria a ese lugar y como se desconocía otro, la solución de ordenar su captura "por el hecho de su ocultamiento" fue completamente correcta.

El instructor le cursó la solicitud de aprehensión a la Sijín y al Das de Santa Marta y de Cúcuta el 24 de julio de 1990. Los resultados fueron negativos por lo que el 2 de octubre siguiente el Juez de Instrucción Criminal ordenó el emplazamiento de la imputada mediante edicto, mecanismo previsto en la ley para dar publicidad al requerimiento del reo. Así se hizo y el 10 de octubre la declaró persona ausente y le designó apoderado de oficio, quien tomó posesión del cargo en forma inmediata.

La tarjeta decadactilar en la cual aparecía la dirección residencial que la doctora Reyes Chacón tenía al momento de tramitar su cédula de ciudadanía, en 1978, fue allegada al proceso luego de que se libraron las órdenes de captura y de que se recibieron los informes de la Policía y el Das acerca de los resultados. Por eso no se incluyó en la órdenes de captura que se expidieron e inmediatamente después de conocida el Juez estimó que el trámite previo al emplazamiento estaba agotado por lo que procedió a la declaración de persona ausente.

No encuentra la Sala, entonces, que la vinculación procesal de la doctora Reyes Chacón haya sido irregular. No se le citó a indagatoria porque era claro que se había marchado de donde residía y las labores de localización que hicieron las autoridades en desarrollo de la orden de captura librada en su contra tuvieron lugar en las ciudades donde se sabía que podía encontrarse, es decir, Santa Marta, Ciénaga y Cúcuta. Se intentó por lo tanto su comparecencia al proceso y ello no fue posible, a pesar de las actividades de búsqueda llevadas a cabo por la policía. En consecuencia, es el parecer de la Sala que su vinculación se sujetó a las exigencias legales.

La circunstancia de que en ningún momento la abogada haya sido buscada en la Avenida 7ª N° 14-72 de Cúcuta y que por lo tanto no se le posibilitó el ejercicio de su defensa material, de la cual en buena parte el Tribunal de primera instancia se sirvió para declarar procedente la acción

de tutela, carece de la trascendencia que se le quiere dar. La última residencia conocida era en el municipio de Ciénaga y nada llevaba a pensar que todavía tuviera algo que ver con el sitio donde vivía 12 años antes. Pero no es solamente esto. Para cuando se decidió emplazarla contaba el proceso con la declaración del oficial de la Policía Nacional Carlos Alirio Parra. Este se desempeñó como Comandante en Ciénaga, fue amigo de Amanda Reyes Chacón y según la denunciante la abogada le dio a entender, como parte de la estratagema que utilizó para defraudarla, que actuaba de consuno con el policía.

Fue por lo anterior que la señora Rosa María Camargo, luego del desaparecimiento de la abogada, buscó al Capitán Parra para preguntarle sobre ella. Este así lo admitió en el testimonio. Y señaló, además, que algunos días después de que la denunciante se puso en contacto con él recibió una llamada telefónica de la doctora Reyes Chacón y le reclamó por asociar su nombre a una petición de dinero dirigida a lograr la libertad de un narcotraficante, exigiéndole que procediera a solucionar ese hecho. Su interlocutora le dijo que aquello que se decía no era cierto, pero que de todas maneras "...iba a aclarar esa situación porque en ningún momento ella había hecho tal diligencia".

No solamente, entonces, la vinculación procesal de Luz Amanda Reyes estuvo ajustada a la ley sino que se cuenta con evidencia de que sabía de la existencia del caso en su contra y se despreocupó completamente de él. Su antiguo amigo, el Capitán Parra, la alertó sobre el particular y así en ese momento no se hubiera enterado de la existencia formal del proceso, debió suponer que el mismo era una posibilidad y en tal medida, como se lo prometió al oficial de la policía, haber procedido a enfrentar responsablemente la imputación que se le hacía. Pero prefirió ignorar el problema, abandonarse a su suerte, y en tales circunstancias resulta inadmisible que resulte ahora planteando que el proceso se hizo a sus espaldas.

Como abogada, mucho más, sabía que podía ser procesada en contumacia. No se le imputaba ninguna trivialidad y cualquier persona de su nivel, enterada de que la denunciante la buscaba, del cargo que le hacía y de las consecuencias que se podían derivar, le hubiera hecho frente al problema. Y no haberlo hecho no significa que la administración de justicia (que hizo lo que tenía que hacer que era buscarla) la dejó sin posibilidad de defenderse sino que ella voluntariamente asumió la decisión de no hacerlo en esa oportunidad. No es cierto, entonces, como lo afirma la primera instancia, que se trató de un debate procesal clandestino.

Ahora bien, si la vinculación de la accionante se produjo a través de declaración de persona ausente, ello procesalmente traducía que se intentó encontrarla para que asumiera el ejercicio de su derecho de defensa y que al no lograrse, dentro del proceso estaría representada por un defensor con quien se continuaría el proceso, obviamente sin que a partir de

tal momento fuera necesario citarla para ningún efecto en atención a la naturaleza misma de la forma como fue vinculada al proceso, que significaba renuencia a comparecer al mismo.

De otra parte, el tema de la defensa técnica en la perspectiva en que acá se discute es, a criterio de la Corte, marginal a la acción de tutela y por lo tanto insostenible el segundo argumento en el cual se fundamenta el fallo materia de la apelación. Sobre el particular dijo la Sala en otra oportunidad:

"La acción de tutela fue adoptada en la Constitución Nacional como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, '...cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública' (artículo 86). Discutir en sede de tutela el problema de la defensa técnica, en consecuencia, significaría la metamorfosis del mecanismo: de instrumento de control constitucional de los actos de las autoridades públicas se extenderían sus alcances, para situaciones como la examinada, a mecanismo viable para la discusión de las estrategias defensivas desarrolladas por los abogados. Sería supeditar la definición de si se debe amparar o no el derecho de defensa a la actividad misma del defensor y no a la arbitrariedad judicial. Sería imputarle a ésta función pública unas actuaciones que de ella no dependen y dejar el proceso penal a expensas de la mayor o menor actividad del abogado, de la circunstancia de si interpuso o no interpuso recursos, de si tuvo o no la suficiente claridad conceptual frente al tema del proceso y de si fueron o no deficientes o desorientadas sus argumentaciones".[1]

La tarea del defensor suele desdoblarse en las funciones de asistencia y representación. Su actividad, en lo concreto, no esta predeterminada por norma alguna de derecho positivo, ni puede examinarse por vía general.

El control de la legalidad de la actuación y de las decisiones que se toman al interior del proceso, así como la dinámica de la gran mayoría de los actos de defensa, van de la mano de la realidad misma del proceso y de los informes con que cuente, de primera o segunda mano, el profesional al que le encomiendan. Este, al mismo tiempo, además de tener que velar por la observancia de un proceso legal, tiene como deberes ineludibles los que surgen de la naturaleza pública de la defensa en el sentido de que, pretextando su ejercicio no debe acudir a la interposición de recursos inútiles, a la petición de pruebas insustanciales o inconducentes, a la alegación de nulidades improcedentes o a maniobras de dilación. Ni siquiera está obligado a pedir invariablemente la declaración de inocencia o el reconocimiento de ventajas que, considere, no prosperarían.

[1] Sentencia de tutela del 9 de mayo de 1997. M.P. Doctor Carlos E. Mejía Escobar.

De tal manera, no es posible cuestionar la defensa, y por esta vía la legalidad del proceso, para remover el carácter definitivo de la sentencia, a la misma que se llegó después de que la judicatura publicitó el proceso e introdujo los controles que consideró correctos para garantizar la defensa de la acusada.

Por lo demás, no asiste razón al impugnante cuando propone una excepción de constitucionalidad contra el fallo ejecutoriado. Una decisión de esa característica, sin trámite previo y por causal extraña al ordenamiento jurídico, sería verdaderamente caótica y falta de fundamento jurídico para el principio que acá se defiende, es decir, para la estabilidad del sistema mismo.

Así las cosas, se revocará la sentencia recurrida, dejando sin efecto las órdenes allí impartidas, incluida la de compulsar copias para que se investigue disciplinariamente al abogado Daniel Sánchez Marmolejo, respecto a si cumplió o no con los deberes que el cargo de defensor oficioso le imponía, dadas las limitaciones que la contumacia generaba para el ejercicio de otra línea de defensa distinta a la que se vio precisado a asumir.

En virtud 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. *Revocar* la sentencia de noviembre 27 de 1997, emanada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta. En consecuencia, dejar sin efecto las órdenes allí adoptadas y, en su lugar, no acceder al amparo solicitado.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: Decidido por la autoridad competente un recurso, las partes deben someterse a la decisión pues esa es una de las reglas del debido proceso, la acción de tutela no puede emplearse con la pretensión de desconocer este principio

Reiteración "La autonomía de los Funcionarios Judiciales es un derecho-deber que les impone la Constitución de adoptar las decisiones únicamente sometidos al imperio de la ley e igualmente les otorga la facultad de solo estar limitados por esas leyes; en este sentido, resultaría violatorio de tal principio constitucional, que igualmente se integra al debido proceso, la injerencia de un Juez extraño al competente, así se trate de uno constitucional como es el de tutela, para adoptar decisiones que la ley reserva sólo al funcionario competente para la solución de cada conflicto."

"La natural falibilidad de la naturaleza humana es una de las justificaciones para la existencia de los recursos al interior de los procesos, con algunas excepciones contempladas en la Constitución y la ley, pero decidido por la autoridad competente el recurso, las partes deben someterse a la decisión, pues esa es una de las reglas del debido proceso, el que hay un funcionario Judicial que pueda adoptar una determinación con fuerza definitiva que ponga fin a la controversia; lo contrario sería violatorio de la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de cualquier organización social."

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor Carlos E. Mejía Escobar.

Radicación No. 4237

Aprobado Acta No. 17

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por el apoderado de los accionantes Roberto Luis Mosquera Rivas, María del Carmen Rivas Bermúdez, Cleotilde Arias Ta-

pias, Alfredo Asprilla Girón, William Correa Mena, Eva Córdoba Ramos, Dámaris Martínez Cuesta, Rubiela Enith Perea Perea, Nancy Días Prens, Holmes Guillermo Gutiérrez Gómez, Martín Mosquera Terán y Dominga Moreno de Cuesta en contra del fallo proferido el 18 de diciembre de 1997 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó), por medio del cual negó la tutela del derecho fundamental al debido proceso, a la protección y aplicación de derechos y al acceso a la administración de justicia que el actor reclamaba violado por parte de la Sala Civil, de Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó) dentro del proceso ejecutivo que adelantó contra el departamento del Chocó - Contraloría General del Chocó.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

Los accionantes Roberto Luis Mosquera Rivas, María del Carmen Rivas Bermúdez, Cleotilde Arias Tapias, Alfredo Asprilla Girón, William Correa Mena, Eva Córdoba Ramos, Dámaris Martínez Cuesta, Rubiela Enith Perea Perea, Nancy Días Prens, Holmes Guillermo Gutiérrez Gómez, Martín Mosquera Terán y Dominga Moreno de Cuesta presentaron acción de tutela para reclamar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la protección y aplicación de los derechos y al acceso a la administración de justicia que consideran violados por parte de la Sala Civil, de Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó).

Los actores concretan la violación de sus derechos fundamentales en la decisión del 13 de agosto de 1997, por medio de la cual la autoridad judicial contra la que se dirige la acción revocó el auto del 29 de octubre de 1996 a través del que el Juzgado Único Laboral del Circuito de Quibdó había aprobado la liquidación del crédito realizada por un perito contador.

Señalan que la actuación del Tribunal es violatoria de sus derechos fundamentales por cuanto las obligaciones solo pueden extinguirse por el pago completo de las acreencias, y en el caso concreto, entre la liquidación del crédito y la cancelación de la última cuota por parte del departamento del Chocó, transcurrió un tiempo considerable, que no precisa, generador de intereses moratorios.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó) negó la tutela de los derechos fundamentales bajo el presupuesto de la inexistencia de violación, pues demuestra que la decisión de la Sala Civil, de Familia y Laboral de la misma Corporación se basó en la comprobación procesal de la existencia de un mandamiento ejecutivo ejecutoriado por una determinada suma de dinero, la suscripción de un convenio en-

tre las partes para su cancelación y la constancia del cumplimiento de ese convenio, lo cual generó la conclusión de la extinción de la obligación que la autoridad judicial tutelada adoptó.

La impugnación

El fallo fue impugnado por el accionante, encaminando la totalidad de su argumentación a plantear la discusión sobre el supuesto desconocimiento que la Sala Civil, de Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó hizo del dictamen pericial que como prueba estaba obligado a tener en cuenta para la adopción de la decisión objeto de la acción de tutela.

Señala que el fallo de tutela se fundó exclusivamente en los argumentos del Magistrado Ponente de la decisión judicial que se ataca por la vía de la tutela, sin que se hiciera mención a los fundamentos legales expuestos en la solicitud de la acción, referidos a temas como la ejecución de las sentencias, la ejecución de las obligaciones, el dictamen pericial, el análisis de las pruebas y la apreciación de las mismas.

Advierte que no obstante que el mandamiento ejecutivo del Juzgado no incluyó los intereses, la Sala del Tribunal del Distrito Judicial de Quibdó no podía ignorar, como lo hizo, el mandato del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo que señala la posibilidad de cobrar intereses comerciales y luego moratorios, por lo que insiste en que el fallo de tutela ordene al Juzgado Laboral del Circuito que en un plazo de 3 días continúe con la ejecución contra el departamento del Chocó.

Consideraciones de la Corte

1. La Corte Suprema de Justicia con fundamento en la Constitución y la ley ha venido destacando la improcedencia de la acción de tutela para modificar decisiones que han sido adoptadas dentro de un proceso judicial.

La vía natural que el Estado ha establecido para la protección de los derechos constitucionales y legales de sus asociados es el proceso; es al interior de tal mecanismo estatal que debe plantearse la protección de los derechos, fundamentales o no, de cada una de las partes involucradas en él. El Juez competente para cada caso específico está dotado por la Constitución y la Ley de los más diversos instrumentos de protección de los derechos y está, ante todo, legitimado para dispensar a cada quien el disfrute del derecho que le corresponda, o para imponer la pena a que haya lugar, ya sea que se trate de conflictos entre particulares; entre estos y el Estado o del simple ejercicio del poder sancionador de éste.

2. La autonomía de los Funcionarios Judiciales es un derecho-deber que les impone la Constitución de adoptar las decisiones únicamente so-

metidos al imperio de la ley e igualmente les otorga la facultad de sólo estar limitados por esas leyes: en este sentido, resultaría violatorio de tal principio constitucional, que igualmente se integra al debido proceso, la injerencia de un Juez extraño al competente, así se trate de uno constitucional como es el de tutela, para adoptar decisiones que la ley reserva solo al funcionario competente para la solución de cada conflicto.

3. En el caso a que se refiere la presente acción, los actores a través de apoderado judicial pretenden modificar una decisión adoptada por la Sala Civil, de Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó) que al resolver en segunda instancia la apelación de un auto, revocó el de primera instancia.

La natural falibilidad de la naturaleza humana es una de las justificaciones para la existencia de los recursos al interior de los procesos, con algunas excepciones contempladas en la Constitución y la ley, pero decidido por la autoridad competente el recurso, las partes deben someterse a la decisión, pues esa es una de las reglas del debido proceso, el que haya un Funcionario Judicial que pueda adoptar una determinación con fuerza definitiva que ponga fin a la controversia: lo contrario sería violatorio de la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de cualquier organización social.

En este asunto en concreto, los Magistrados que conformaron la Sala contra la que se dirige la acción, adoptaron la decisión con fundamento en la valoración que hicieron del mandamiento de pago, del convenio de pago celebrado entre el apoderado de los accionantes y el departamento del Chocó y de las constancias procesales que daban cuenta de que se habían cancelado la totalidad del monto del mandamiento ejecutivo, todo lo cual descarta la existencia de una vía de hecho, como lo pregona el abogado de los actores.

Tampoco resulta violatorio de la ley la no consideración del dictamen pericial, pues su naturaleza auxiliar para la decisión permite considerarlo o no, máxime cuando su necesidad resultaba superflua al haber sido rendido para reliquidar un crédito en el que no era menester tal paso por haber sido cancelado en su totalidad.

Finalmente debe anotarse que si los accionantes consideran que el Departamento del Chocó les adeuda aún dineros por cuenta del título ejecutivo, pueden intentar las acciones legales correspondientes para cobrar los saldos que consideran insolutos o para discutir si a partir del convenio firmado entre su apoderado y el Departamento se generaban o no intereses; en todo caso, la acción de tutela no es procedente para discutir las decisiones que adoptó un Juez de la República en ejercicio de la autonomía que la Constitución le reconoce para el ejercicio de la jurisdicción dentro del ámbito de su competencia.

Es por las anteriores razones que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. *Confirmar*, la sentencia de tutela del 18 de diciembre de 1997 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó).

2. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: es insaneable la nulidad que se genera cuando el a quo no se pronuncia sobre la totalidad de los extremos de la litis.

Se vulnera el debido proceso de tutela cuando el a quo no se pronuncia sobre la totalidad de los extremos de la litis, esta irregularidad "[...] acarrea la nulidad –y no la revocatoria del fallo de tutela, solución aplicada por la Sala frente a fallos incompletos y no ante vicios estructurales del procedimiento–, pues si bien las dos determinaciones conducen a su ineficacia, una tal omisión entraña la violación del debido proceso tutelar, el que, por estar destinado al establecimiento de la eventual vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, implica, entre otros aspectos, la necesidad de allegar los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre todas las acciones u omisiones cuyos efectos se quiere precaver."

La nulidad es insaneable y procede su declaración de oficio [...] según las voces del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil –aplicable por la remisión que a dicha normatividad hace el artículo 4° del Decreto 306 de 1992–, pues al omitirse en la sentencia de primer grado el examen del hecho atribuido por la accionante a la entidad demanda, y ocuparse la Corte en segunda instancia del asunto, se privaría a las partes de la oportunidad de impugnar cualquier determinación contraria a sus pretensiones.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Radicación No. 4232

Aprobado Acta No. 20

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por la accionante María Luperly Ramírez Quintero contra el fallo de diez de diciembre pasado, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, negó la

tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, presuntamente vulnerados por la Entidad Promotora de Salud -E.P.S.- de Cajanal, Seccional Valle del Cauca, al abstenerse de autorizar la inmunoterapia consistente en la aplicación de varias vacunas, y la realización de un "test cutáneo para alergias alimentarias".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La accionante indicó que desde hace algún tiempo viene padeciendo una alergia aguda que se ha tornado crónica, y le "ha originado múltiples afecciones bronquiales, nasales, y sinusitis aguda", por lo cual le han practicado dos intervenciones quirúrgicas.

Desde el mes de noviembre de 1996, se sometió a un tratamiento "largo y costoso, a base de una serie de vacunas, más concretamente de una Inmunoterapia", único mecanismo eficaz para frenar el desarrollo de su enfermedad. "Esa inmunoterapia -agregó la quejosa-, consiste en aplicárseme unas vacunas que han ido variando en cantidad de acuerdo a la evolución o mejoría que yo he ido mostrando con dicho tratamiento", al punto que en el último mes le fueron recetadas seis vacunas mensuales, cada una de las cuales tiene un costo al público de veinte mil pesos ($20.000,oo).

El médico tratante también ordenó la práctica de un "test cutáneo para alergias alimentarias", el cual tiene un costo de ciento veinte mil pesos ($120.000,oo).

Precisó que la entidad demandada venía suministrando las vacunas recetadas como inmunoterapia, pero el pasado 18 de noviembre fue informada que no le sería suministrado el tratamiento, ni autorizada la práctica del referido test, pues "de Cajanal Bogotá ha llegado orden de no suministrar nada que esté por fuera del vademecum".

Dos son entonces los aspectos considerados por la postulante atentatorios de su integridad personal, de su salud y de su vida, y por ende objeto de reclamación: 1) la negativa a suministrar las vacunas periódicas o inmunoterapia, y 2) la no autorización del "test cutáneo para alergias alimentarias".

El Tribunal de instancia, inadvirtiendo el primero de los extremos de la reclamación, orientó la actividad probatoria a establecer si la omisión en la práctica del referido test ponía en peligro la vida de la peticionaria, al punto que interrogó al médico tratante exclusivamente sobre dicho tópico. Descartada esa posibilidad, y sin practicar pruebas tendientes a establecer la incidencia que en la vida de la paciente tendría la suspensión de la inmunoterapia a que venía siendo sometida, en el fallo impugnado negó el amparo deprecado, sin pronunciarse sobre la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a través de este último hecho, objeto de la acción instaurada.

La peticionaria, en el escrito contentivo de la impugnación, relievó la omisión del Juez Constitucional en los siguientes términos:

"Es indudable que hubo un equívoco por parte del a quo al momento de proferir su fallo en el que se me desconoce la tutela a mis derechos fundamentales, pues como dejo anotado, no se apreció y mucho menos se decidió sobre el objeto principal de mi solicitud de amparo, cual era y aun es el suministro por el tiempo que lo requiera de las vacunas que necesito para mi mal" (fol. 108 c.o.).

Esta irregularidad, que además de una deficiente actividad probatoria comporta un flagrante desconocimiento de los artículos 29 del Decreto 2591 de 1991 y 6° del Decreto 306 de 1992 -en cuanto omite "señalar en el fallo el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra y *precisar en qué consiste la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto*" (destacó la Sala), acarrea la nulidad -y no la revocatoria del fallo de tutela, solución aplicada por la Sala frente a fallos incompletos y no ante vicios estructurales del procedimiento , pues si bien las dos determinaciones conducen a su ineficacia, una tal omisión entraña la violación del debido proceso tutelar, el que, por estar destinado al establecimiento de la eventual vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, implica, entre otros aspectos, la necesidad de allegar los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre todas las acciones u omisiones cuyos efectos se quiere precaver.

En el presente trámite no se practicaron pruebas -ni existió pronunciamiento alguno en el fallo impugnado acerca de las implicaciones que para los derechos fundamentales de la petente acarrea la negación por parte de la Entidad Promotora de Salud de la Caja Nacional de Previsión, a suministrar la inmunoterapia reclamada por vía de amparo, vulnerándose -se reitera-, el debido proceso de tutela, al no resolver uno de los extremos de la litis, irregularidad insanable y constitutiva de nulidad declarable de oficio, según las voces del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil -aplicable por la remisión que a dicha normatividad hace el artículo 4° del Decreto 306 de 1992-, pues al omitirse en la sentencia de primer grado el examen del hecho atribuido por la accionante a la entidad demandada, y ocuparse la Corte en segunda instancia del asunto, se privaría a las partes de la oportunidad de impugnar cualquier determinación contraria a sus pretensiones (cf. sentencia de 14 de mayo de 1996, Mag. Pon. Doctor Páez Velandia).

Se impone entonces la declaratoria de la nulidad del fallo recurrido y la devolución inmediata del expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que, una vez practique las pruebas tendientes a establecer si la negación a suministrar las vacunas recetadas vulnera los derechos fundamentales de la petente, proceda a dictar el fallo que en Derecho corresponda, abarcando todos los extremos del conflicto.

Contra este pronunciamiento no procede recurso alguno -por ser adoptado en segunda instancia-, como tampoco su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, pues no tiene el carácter de sentencia.

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. *Decretar* la nulidad del fallo de diez (10) de diciembre pasado, a través del cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Cali negó la tutela de los derechos fundamentales de María Luperly Ramírez Quintero.

2. *Ordenar* la devolución del expediente a la oficina de origen, para que proceda conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

3. *Notificar* esta decisión de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

4. *Declarar* que contra esta providencia no procede recurso alguno, ni es susceptible de revisión por la Corte Constitucional, según lo expuesto en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA, SEGURIDAD SOCIAL: el Estado debe suministrar tratamiento médico, hasta la recuperación, al ciudadano cuya salud resultó afectada durante el tiempo que cumplió el servicio militar aun cuando medie la decisión de retiro por incapacidad

"Si bien es una obligación de todos los colombianos cumplir con el servicio Militar, ello no significa que si durante ese período se ve afectada su salud el Estado pueda eludir la responsabilidad de prestarle la atención requerida simplemente declarándolo no apto para continuar como soldado activo, pues esa decisión no excluye la prolongación que debe tener el tratamiento médico hasta su recuperación."

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Radicación No. 4255

Aprobado Acta No. 21

VISTOS

La Corte resuelve la impugnación interpuesta por el director de Sanidad del Ejército Nacional contra la sentencia de fecha diciembre quince de mil novecientos noventa y siete, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá amparó los derechos fundamentales a la salud y la vida de José Dionisio Fernández Saavedra.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El señor Julio César Hernández, actuando como agente oficioso de su hermano José Dionisio Hernández Saavedra, quien según se afirma no está en condiciones de promover su propia defensa, instauró acción de tutela contra el Comandante General de las Fuerzas Militares con base en los siguientes hechos:

1. En el año de 1996 su hermano ingresó a prestar el servicio militar en el batallón de infantería número 20 General Serviez y después de jurar

bandera regresó a la casa en uso de una licencia de doce días, tiempo durante el cual se enfermó debido a un golpe que recibió en una sesión de entrenamiento.

2. En esa oportunidad llevaron a José Dionisio al Hospital Militar donde permaneció dos meses en tratamiento psiquiátrico. Luego fue remitido al batallón de sanidad donde estuvo noventa días y finalmente permaneció en la clínica de La Paz hasta el mes de abril de 1997, fecha en la cual regresó a su casa.

3. En los primeros días del mes de octubre su hermano volvió a presentar alteraciones mentales, por lo cual acudieron al Hospital Militar y al batallón de Sanidad, pero ambos centros se negaron a prestarle asistencia médica.

4. Actualmente José Dionisio se encuentra muy delicado de salud, por lo que solicita que se le otorgue una justa pensión y un servicio médico de por vida.

El fallo impugnado

El Tribunal amparó los derechos fundamentales a la salud y la vida de José Dionisio Hernández, argumentando con fundamento en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, que si bien la normatividad vigente establece que una vez finalizada la prestación del servicio militar concluyen las obligaciones en materia de seguridad social para los que entran a formar parte de las reserva de las Fuerzas Militares, en el presente caso dicha regla presenta una excepción en su aplicación, pues Hernández Saavedra se encontraba debidamente vinculado al Ejército Nacional cuando se lesionó y enfermó, de modo que los servicios médicos asistenciales que solicitó a esa entidad tenían un respaldo legal, y el tratamiento practicado no ha logrado recuperarlo sino apenas controlar temporalmente su condición sicofísica, la cual ha recrudecido paulatinamente con crisis que condujeron a su hermano a formular la presente acción.

La impugnación

El Director de Sanidad del Ejército Nacional solicita la revocatoria del fallo recurrido, para lo cual expone las siguientes razones:

1. La institución le prestó a José Dionisio Hernández Saavedra toda la atención médica necesaria y luego de establecer las posibles limitaciones o secuelas, la Junta Médica y el Tribunal Médico de Revisión definieron su situación, determinando esas instancias que no tenía derecho a pensión ni a asistencia médica, por cuanto la disminución de la capacidad laboral no había sido igual ni superior al setenta y cinco por ciento, como lo exige el decreto 94 de 1989.

2. Resuelta la situación de Hernández Saavedra no es posible prestarle servicios médicos, pues de conformidad con la Ley 352 de 1997 el Ejército otorgará asistencia médica al personal activo, pensionado, en uso de buen retiro de las Fuerzas Armadas y sus beneficiarios, no encontrándose el ex soldado en ninguno de tales eventos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela tiene como objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados por la ley, siempre que el afectado no disponga de otro recurso o medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. El demandante pretende que se protejan los derechos a la salud y la vida de José Dionisio Hernández, los cuales estima están siendo vulnerados por las autoridades de salud del Ejército Nacional, las que se niegan a prestarle asistencia médica a su hermano, quien actualmente padece alteraciones mentales como consecuencia de un golpe que recibió durante el tiempo que permaneció prestando el servicio militar, anormalidad que el dos de abril del año pasado motivó su retiro de la institución castrense.

Las pruebas allegadas por el Departamento de Personal del Ejército Nacional demuestran que el cinco de septiembre de 1996 José Dionisio Hernández Saavedra ingresó a prestar el servicio militar en el Batallón de Infantería No. 20 General Serviez, con sede en Aplay, Meta. En el mes de diciembre de ese mismo año, el referido soldado presentó episodio psicótico agudo y luego de habérsele suministrado la atención médica correspondiente, mediante acto administrativo de fecha 30 de abril de 1997 y con fundamento en la valoración practicada por Junta Médica Laboral, se dispuso su retiro de la institución por incapacidad relativa y permanente.

3. Es evidente que un joven en las condiciones de salud mental diagnosticadas a José Dionisio Hernández no podía seguir prestando el servicio militar, de ahí que se le declaró no apto por la Junta Médica, así como que su condición de ex soldado no está prevista en la normatividad que regula el sistema de salud de las Fuerzas Militares. Pero esas conclusiones no pueden ser utilizadas para pretender eludir la responsabilidad que la Institución tiene con relación a la protección del derecho a la salud de las personas que ingresan al servicio en condiciones normales y estando allí resultan enfermos, independientemente de que la dolencia tenga o no relación con el servicio.

Si bien es una obligación de todos los colombianos cumplir con el servicio Militar, ello no significa que si durante ese período se ve afectada

su salud el Estado pueda eludir la responsabilidad de prestarle la atención requerida simplemente declarándolo no apto para continuar como soldado activo, pues esa decisión no excluye la prolongación que debe tener el tratamiento médico hasta su recuperación.

En repetidas oportunidades se ha pronunciado la Corte Constitucional en este mismo sentido, pues independientemente de lo que señalan las normas que reglamentan la seguridad social de los trabajadores, de los pensionados etc., el Estado está obligado Constitucionalmente a atender ese servicio público que está a su cargo, norma superior que no puede ser desconocida.

En este caso, como bien lo señala el Tribunal, uno es el derecho a obtener prestaciones económicas, cuyo reconocimiento puede demandarse de las autoridades competentes, y otro es el derecho a que así se le desvincule del ejército por problemas de salud, se le siga suministrando la atención requerida, aspecto este que reclama el accionante, y que acertadamente fue ordenado por el a quo en la decisión que se confirmará.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la sentencia impugnada.

2. En firme esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll (Sin Firma), *Ricardo Calvete Rangel , Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: el portador de licencia temporal vigente tiene legitimación para intervenir en asuntos autorizados por la ley estatutaria de la Abogacía. La decisión de negarle el reconocimiento de personería con el argumento de proteger la garantía de defensa técnica, vulnera el derecho del egresado

"[...] son las disposiciones que rigen la profesión de la abogacía y de la defensoría pública las encargadas de dilucidar en cuáles casos y bajo qué condiciones se hace permisible la actuación ante los despachos judiciales de personas que careciendo del título de abogado sí cuentan con formación y adiestramiento en las disciplinas jurídicas, dejando a salvo la defensa técnica de los sindicados [...].

Es que cuando el juzgador constitucional delimitó el alcance del debido proceso enunciado en el artículo 29 de la Carta (C-49 de 1996) no partió de la base de que siempre fuera sinónimo de defensa técnica el doctorado, la toma de borla o los pergaminos obtenidos por el defensor en los campos académicos, sino la efectiva garantía de protección a los derechos del procesado dentro del trámite valiéndose de personas jurídicamente idóneas.

[...]

No podía entonces la funcionaria, so pretexto de protegerle al imputado su defensa técnica, negarle al egresado el reconocimiento de personería cuando éste había demostrado la calidad que la ley le exigía para merecerla, haciendo prevalecer su obstinación contra el mandato libre del sindicado, quien de acuerdo con la Constitución había escogido su representante judicial, el mismo que podía 'ejercer la profesión de abogado'

[...]

La ley estatutaria de la abogacía, en el artículo 31, [...] recoge perfectamente la situación del accionante quien, a fuerza de haber terminado sus estudios superiores de Derecho, cuenta con una licencia temporal para ejercer la profesión de abogado en actuaciones judi-

ciales como la que se tramita contra su poderdante." (paréntesis fuera de texto).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., febrero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego*.

Radicación No. 4266

Aprobado Acta No. 27

VISTOS

La Corte decide sobre la impugnación que presentó la fiscal 40 seccional de Medellín, Rosa Cecilia Vélez González, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad de fecha 22 de enero de 1998, mediante la cual tuteló a Carlos Enrique Hernández Naranjo los derechos al trabajo y al ejercicio de la profesión de abogado.

ANTECEDENTES

El 6 de enero de 1998 Carlos Enrique Hernández Naranjo, portador de licencia temporal vigente de abogado como egresado de una facultad de derecho, presentó ante la fiscal 40 seccional de Medellín memorial mediante el cual Juan María Ibargüen Asprilla le otorgaba poder como defensor dentro del proceso que en su contra se adelanta por el delito de hurto calificado.

Con resolución de cúmplase la fiscal no le reconoció personería, aduciendo que el designado carecía del título que por ley se le exigía para actuar como defensor, razón por la cual el ciudadano debió devolverle a su poderdante los dineros cobrados por la prevista representación y resignarse a no actuar.

Al accionar en tutela, el egresado Hernández Naranjo vio satisfechas sus pretensiones, mientras que la fiscal, inconforme con la decisión, la impugnó.

CONTENIDO DE LA ACCIÓN

El motivo básico del demandante para considerar transgredido su derecho al trabajo y al ejercicio de la profesión de abogado, consistió en atribuirle a la fiscal el desconocimiento de los Decretos 196 de 1971 y 2700 de 1991, que lo facultaban para intervenir en ese caso como defensor dentro del proceso penal.

De esta manera pidió el amparo correspondiente y la compulsación de copias de la actuación para que se investigara "*la actitud asumida por la fiscal 40, en caso de que se encuentre violando las leyes, para que se inicie en su contra una investigación disciplinaria*".

El fallo del Tribunal

De idéntica manera a como la planteó el demandante, el a quo apreció la situación considerando que el egresado podía intervenir como defensor "en la instrucción criminal", labor que hoy cumplen los fiscales, de acuerdo con el Decreto 196 de 1971, artículo 31, por lo que la fiscal debió posesionarlo.

Resaltó el a quo que "lo que no puede el accionante es recibir poder para actuar como apoderado o defensor en la etapa de la causa", a menos que se le nombre de oficio.

Así -continuó- con la sentencia C 049 del 8 de febrero de 1996 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró exequible el inciso 2 del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, se está pregonando la constitucionalidad de las limitaciones para el ejercicio de la abogacía "para aquellas personas que habiendo terminado sus estudios de derecho cuentan con licencia temporal vigente".

Con las citadas razones el Tribunal concedió el amparo demandado y ordenó a la fiscal que en un término de veinticuatro horas diera posesión al accionante como defensor contractual del procesado Juan María Ibargüen Asprilla, siempre y cuando éste no hubiera designado a otro, pero se abstuvo de ordenar el resarcimiento de los perjuicios en favor del libelista a quien indicó que el camino para hacerlo es el señalado en el capítulo sexto de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

La impugnación

Firme en su criterio de la imposibilidad que tenía el accionante para actuar como defensor, la fiscal asegura que los egresados sólo pueden intervenir en casos excepcionalísimos "en lugares remotos, donde no haya abogados titulados".

Empieza consignando que el hecho de no haber sido declarado inexequible el artículo 31 del Decreto 196 de 1971 no garantiza su vigencia en materia penal pues las normas deben guardar armonía con la Constitución.

Distingue la instrucción a la que alude el citado Decreto de la que actualmente desarrollan los fiscales, a tal punto que "tenemos competencias muy amplias, no delimitadas por la voluntad de los jueces ni por el factor territorial, nuestros superiores no son los superiores de los jueces y no instruimos sólo para los jueces del Circuito, sino para todos, incluidos los Magistrados de los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia".

De esta forma, aduce que con fundamento en las sentencias SU-044, C-542, C-592, C-651 y C-071 -de las cuales transcribe segmentos- la Corte Constitucional aclaró que en asuntos penales la defensa de los sin-

dicados solamente la pueden ejercer los abogados, condición de la que carece Hernández Naranjo pues no se ha titulado.

Disiente profundamente de las notas del Tribunal y las califica de despropósito jurídico, ya que el nombramiento "como defensores oficiosos a los meros egresados de derecho" va en contravía de las normas constitucionales y de las pautas dadas por la Corte Constitucional.

Para consolidar su postura, asevera que la defensa técnica busca la asistencia profesional para el acusado durante todo el proceso, lo cual no sería posible "si solo se puede actuar en la etapa instructiva y a veces ni eso" como en la hipótesis de un control de legalidad o dentro de la terminación anticipada del proceso, casos en los que el defensor -apenas egresado- estaría impedido para ejercer ante el juez penal o de interponer los recursos ante el juez de conocimiento, con la ostensible violación del derecho a la defensa del sindicado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte Constitucional, después de haber revisado la exequibilidad de algunas normas que eran patrimonio del debido proceso en el ámbito de la anterior Constitución, consideró a través de la sentencia fechada el 8 de febrero de 1996 -con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz- como regla compatible con el nuevo sistema normativo organizado bajo la forma de Estado social democrático y de derecho, el inciso segundo del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal -Decreto 2700 de 1991- al decir:

"La ley puede habilitar defensores que reunan (sic) al menos las condiciones de egresados o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico... incluso como defensores en asuntos penales, como lo advierte el inciso segundo del artículo 148 del Decreto 2700 de 1991, que será declarado exequible".

El contenido textual de este inciso reza:

"Los estudiantes de derecho, pertenecientes a consultorios jurídicos o los egresados, podrán intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los estatutos de la profesión de abogado y de la defensoría pública".

De esta manera, son las disposiciones que rigen la profesión de la abogacía y de la defensoría pública las encargadas de dilucidar en cuáles casos y bajo qué condiciones se hace permisible la actuación ante los despachos judiciales de personas que careciendo del título de abogado sí cuentan con formación y adiestramiento en las disciplinas jurídicas, dejando a salvo la defensa técnica de los sindicados. Estos eventos, unidos a los de inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país o

a la imposibilidad física y material de contar con su presencia, permiten descubrir en toda su extensión los presupuestos que deben avalar la intervención de no togados en los asuntos penales.

Es que cuando el juzgador constitucional delimitó el alcance del debido proceso enunciado en el artículo 29 de la Carta no partió de la base de que siempre fuera sinónimo de defensa técnica el doctorado, la toma de borla o los pergaminos obtenidos por el defensor en los campos académicos, sino la efectiva garantía de protección a los derechos del procesado dentro del trámite valiéndose de personas jurídicamente idóneas.

En este orden, lo que se vio poco ortodoxo y contrario al esquema estructural del debido proceso fue la presencia de personas carentes de la ilustración mínima fungiendo como defensores en la injurada y en otros pasajes procesales cuando en el territorio donde se desarrollaban tales diligencias existían personas con las calidades suficientes para asegurar la defensa. Esa situación, si bien abiertamente no reñía con los derroteros de la Carta anterior, ahora no se aviene con los lineamientos protuberantemente garantistas de la nueva Constitución Política en la que con claridad se advierte: "*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...*".

Respecto de la participación como defensores de personas sin el título universitario correspondiente, esta Sala apuntó:

"...es verdad que no todos los procesados estuvieron asistidos por abogados titulados durante la fase instructiva y/o parte del juicio, sino por estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos de universidades reconocidas por el Estado; pero también lo es que dicha representación no genera *per se* nulidad del proceso por desconocimiento del derecho a una defensa técnica, puesto que el artículo 30 del Decreto 196 de 1971 (reglamentario del ejercicio de la abogacía), y el inciso 2 del 148 de la codificación procedimental penal, faculta a los estudiantes de derecho de tales consultorios jurídicos para intervenir en actuaciones procesales como la que ahora ocupa la atención de esta Sala, disposición que fue encontrada exequible por la Corte Constitucional, sentencia C-049 de febrero 8 de 1996..." (14 de agosto de 1996. M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Vistas así las cosas, en el caso a estudio resulta incontrastable el equivoco cometido por la fiscal 40 seccional de Medellín al encontrar inmerecedor del encargo de defensor al accionante, quien no sólo acreditó su idoneidad por medio de la respectiva licencia temporal legalmente expedida por el Tribunal Superior sino también la expresa voluntad del encausado de que asumiera su defensa.

No podía entonces la funcionaria, so pretexto de protegerle al imputado su defensa técnica, negarle al egresado el reconocimiento de personería

cuando éste había demostrado la calidad que la ley le exigía para merecerla, haciendo prevalecer su obstinación contra el mandato libre del sindicado, quien de acuerdo con la Constitución había escogido su representante judicial, el mismo que podía "*ejercer la profesión de abogado*".

Suena del todo contraria a derecho la postura de la fiscal impugnante, pues palmario es que la ley estatutaria de la abogacía, en el artículo 31, prescribe:

"La persona que haya terminado y aprobado los estudios reglamentarios de derecho en universidad oficialmente reconocida podrá ejercer la profesión de abogado, sin haber obtenido el título respectivo, hasta por dos años improrrogables, a partir de la fecha de terminación de sus estudios".

Esta previsión, vigente en nuestro ordenamiento jurídico no empece la nueva Carta Política, recoge perfectamente la situación del accionante quien, a fuerza de haber terminado sus estudios superiores de Derecho, cuenta con una licencia temporal para ejercer la profesión de abogado en actuaciones judiciales como la que se tramita contra su poderdante.

En este orden de ideas, la desatención a los contenidos legales de parte de la fiscal es evidente, sin que sus argumentos de impugnación ofrezcan nada diferente a un recalcitrante criterio apartado de los verdaderos efectos de los fallos de constitucionalidad, los cuales en todo caso conservaron como reflejo de garantía del derecho a la defensa, la intervención de no titulados en circunstancias específicas como la aquí vista -etapa de investigación asignada a una fiscalía delegada ante el circuito-.

Además, si la funcionaria para amparar su determinación afirma que "*Es postulado de la doctrina que las normas tienen vigencia si armonizan con la Constitución sin que necesariamente se deba contar con el pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional*", y que "*al respecto la misma Corte lo ha dicho así de manera repetida y uniforme*", además de que "*no puede entonces sostenerse que el artículo 31 del Decreto 196 de 1971 está vigente en materia penal sólo porque la Corte Constitucional no ha declarado su inexequibilidad*"; si esa era y es su concepción, pues entonces lo debido era acudir a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Constitución que dice respetar, y no haber actuado como actuó, sobreponiéndose a ella con la elaboración de hipótesis supuestamente delatoras de la incongruencia entre el añoso régimen de la abogacía con las novísimas estructuras del sistema penal, muy a pesar de expresos y claros pronunciamientos del órgano judicial garante de la integridad de la Constitución Política.

De acuerdo con lo anterior, se confirmará el fallo impugnado, con la aclaración de que lo procedente no es la posesión del defensor sino el reconocimiento de su personería como tal.

Por 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. *Confirmar* el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Penal- mediante el cual el 22 de enero de este año tuteló a Carlos Enrique Hernández Naranjo los derechos fundamentales del trabajo y el ejercicio profesional de abogado.

2. *Notificar* este fallo en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Ejecutoriada esta decisión, *remítir* el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cóplese y cúmplase,

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (sin firma), *Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia* (sin firma). *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: por vía de tutela no pueden ser cuestionados los fundamentos jurídicos de una providencia (Reiteración) / **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**: esta directriz del constituyente a los administradores de justicia, no es un derecho inherente a la persona: su reclamo debe efectuarse en la respectiva actuación, no por vía de tutela

1. "Los fundamentos jurídicos de esta decisión judicial no pueden ser cuestionados por vía de tutela. En un Estado con las características del nuestro, donde por virtud de los principios de independencia y autonomía, los jueces están sometidos exclusivamente al imperio de la ley (artículos 228 y 230 de la Constitución Política), se excluye cualquier intromisión extraprocesal para debatir las razones tenidas en cuenta por el juez del proceso al optar por alguna de las diferentes alternativas que el ejercicio de la jurisdicción ofrece. Tal posibilidad implicaría el proferimiento por parte del juez de tutela de ciertas órdenes sobre la conducción del proceso, o la disposición del derecho sustancial, que el funcionario de conocimiento, por su condición de director responsable de la actuación, está en imposibilidad de acatar."

2. La prevalencia del Derecho sustancial (artículos 228 de la Constitución Política y 9° del Código de Procedimiento Penal) "[...] no es un derecho inherente a la persona, sino una directriz del Constituyente a los Administradores de Justicia, para que, sin perjuicio de las garantías fundamentales de quienes intervienen en el proceso, orienten la actividad judicial a la efectividad del derecho material, por encima del culto ciego a la forma. Por manera que, si no ostenta el carácter de derecho fundamental, la 'prevalencia del derecho sustancial' debe reclamarse al interior de la actuación y no por vía de amparo".

Corte Suprema de Justicia - *Sala de Casación Penal* - Santa Fe de Bogotá D. C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: *Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Radicación No. 4282

Aprobado Acta No. 30

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por el apoderado del accionante Duván Alberto Vivas Polo, contra el fallo de diecinueve (19) de enero de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, negó la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la Administración de Justicia y prevalencia del derecho sustancial, presuntamente vulnerados por el Juez Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad, al seguir conociendo de un proceso ejecutivo no obstante haber declarado su incompetencia mediante providencia en firme, negándose a tramitar un incidente de nulidad; y los abogados Héctor Hernández Ayazo y Ramón Antonio Vanegas Horta, el primero al ocultar un título ejecutivo que respaldaba la obligación exigida en el proceso civil, y el segundo en su condición de curador *ad litem*, al abstenerse de proponer excepciones y de defender los intereses de su representado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante, Duván Alberto Vivas Polo, en su condición de representante legal de la empresa A.J.F. y CIA. LTDA., interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -consistente en las pérdidas que arroja la inutilización de una bodega embargada- contra el Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena y los abogados Héctor Hernández Ayazo -apoderado del Banco Popular y accionante en el proceso ejecutivo-, y Ramón Antonio Vanegas Horta -curador *ad litem* del demandado en el asunto judicial al que se refiere la reclamación-.

Informó que el Banco Popular vendió a la mencionada sociedad una bodega ubicada en la Zona Industrial de Mamonal, en la ciudad de Cartagena, y "se constituyó una hipoteca a favor del Banco Popular para garantizarle la cancelación total de la suma correspondiente a la financiación de la bodega". Adicionalmente el banco "recibió proveniente de la Sociedad A.J.F. y CIA. LTDA. y del señor Alfonso Muriel un CDAT por la suma de cuatrocientos setenta y seis millones de pesos, cuyo vencimiento estaba previsto para el mes de abril de 1996".

El abogado del Banco Popular demandó civilmente a la empresa deudora, en una acción calificada por el postulante como "fraudulenta", pues "al presentar la demanda ejecutiva se abstuvo siquiera de mencionar el título valor que por la suma de cuatrocientos setenta y seis millones de pesos había recibido el Banco, con el único objeto de cancelarse la deuda pendiente".

Estando en curso el proceso ejecutivo, el Juez Tercero Civil del Circuito "se declaró incompetente y ordenó enviar el expediente a Santa Fe de

Bogolá". El auto cobró ejecutoria y varias semanas después, atendiendo un memorial presentado por el apoderado del Banco Popular, el funcionario "se declaró competente nuevamente, y reasumió el caso".

El 6 de agosto de 1997, el apoderado judicial de uno de los codeudores demandados "presentó un incidente de nulidad de todo lo actuado", incidente al que, hasta la fecha de instauración de la acción, el Juez Tercero Civil del Circuito no le había dado trámite.

Destacó el accionante que el Juez insiste en continuar actuando en un proceso, no obstante existir un auto en firme, a través del cual se declara incompetente, negándose a tramitar un incidente de nulidad propuesto por una de las partes. Y "ha observado una diligencia inusual para designar un curador ad litem, quien en contra de los intereses que le fueron confiados, ha incurrido en infidelidad frente a sus deberes profesionales", pues la misma tarde en que se posesionó contestó la demanda sin proponer excepciones, y en cambio sí "se allana a todas las pruebas presentadas por el apoderado del Banco", y "renuncia a la notificación, y a los términos de ejecutoria del auto que lo designa" (fol. 4 c.o.).

El fallo recurrido

El carácter residual de la acción de tutela fue el fundamento para declarar la improcedencia del amparo deprecado:

> "En lo que hace a la irregularidad imputada al señor Juez de haber reasumido el conocimiento del proceso después de ejecutoriado el auto que había decretado su incompetencia, cabe destacar que el afectado dispone de otro mecanismo diferente a la tutela para proteger de manera eficaz sus derechos fundamentales, dado que dentro del proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito se elevó el seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) solicitud de incidente de nulidad con fundamento en falta de competencia del titular de ese despacho judicial, por manera que existiendo ese medio ordinario de defensa resulta equivocado utilizar la vía de la tutela para entrar a decidir quién es el funcionario competente para seguir adelantando el referido proceso, por el carácter residual de dicha acción".

A igual conclusión llegó respecto de la presunta irregularidad consistente en la omisión de resolver el incidente de nulidad propuesto, pues "ya el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, en decisión de Diciembre 11 de 1997, con ponencia del Doctor Jaime Cuesta Ripoll, Presidente de la Sala Administrativa, requirió al Juez Tercero Civil del Circuito, doctor Franklin Pérez Camargo, 'para que inmediatamente le dé curso a la solicitud de nulidad impetrada por el abogado de la parte demandada'... Por ende, por sustracción de materia la tutela se torna improcedente para tal objetivo. Además, el propio Juez ha expresado en memorial obrante en el presente diligenciamiento, que ya resolvió dicha petición".

La improcedencia de la reclamación instaurada contra los dos abogados particulares, la fundamentó en la no concurrencia de ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Como argumento adicional, también adujo la inexistencia de un perjuicio irreversible, pues "a través de la decisión definitiva que se tome dentro del incidente de nulidad podría producirse la reparación del daño causado en el evento de haberse producido".

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la denegación del amparo, el apoderado del postulante destacó que "el desequilibrio procesal creado por el Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena al interior del proceso ejecutivo, ha colocado a los demandados en una posición sui generis de indefensión".

Esta desigualdad en que el juez accionado ha colocado a los demandados, avalada por "un simulacro formal de defensa por parte del *curador ad litem*", constituye, según el impugnante, "un estado de indefensión con respecto a los particulares que son patrocinados por estas actuaciones judiciales irregulares, y que al contrario, tienen que limitarse a obrar dentro de los estrechos límites que les ha señalado el procedimiento civil y la normatividad legal".

Solicitó que de establecerse "la violación al debido proceso y demás derechos fundamentales, más concretamente la existencia de vías de hecho en el trámite procesal", se declare la nulidad del "auto por medio del cual el Juzgado Tercero Civil del Circuito revoca, mediante providencia del día 1 de agosto de 1997, su propia decisión de separarse del conocimiento por falta de competencia territorial"; del "auto del día 16 de diciembre de 1997... mediante el cual se declara improcedente la solicitud de nulidad efectuada cinco meses antes"; como consecuencia de la invalidación de las providencias anteriores, radicar el conocimiento del asunto en los Juzgados de Santa Fe de Bogotá "para que se realice el reparto correspondiente"; y además, "que se ordene de oficio por la Honorable Corte Suprema de Justicia, las investigaciones penales a que haya lugar" (fol. 55 c. anexo No. 1).

Por su parte el apoderado judicial del abogado demandado Héctor Hernández Ayazo, precisó que con la acción de tutela instaurada contra personas particulares que no se hallan en las circunstancias del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, "se busca inhabilitar una válida acción ejecutiva".

Agregó que "Declararse incompetente un juez y reasumir, por petición de parte, su capacidad juzgadora, no es atentado al debido proceso ni

obstáculo para acceder a la administración de justicia, ni repercute en daño grave e irrecuperable, que debe conjurar una tutela. No. La conducta traduce la enmienda autorizada y exigible de un desacierto, que aun de oficio debe cumplirse" (fol. 11 c. de la Corte).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Motivó la instauración de la presente acción, la providencia de primero de agosto de mil novecientos noventa y siete, mediante la cual el funcionario accionado revocó el auto de veintisiete de junio de esa misma anualidad, a través del cual se había declarado incompetente por el factor territorial para seguir tramitando el proceso ejecutivo.

Los fundamentos jurídicos de esta decisión judicial no pueden ser cuestionados por vía de tutela. En un Estado con las características del nuestro, donde por virtud de los principios de independencia y autonomía, los jueces están sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (arts. 228 y 230 de la C.N.), se excluye cualquier intromisión extraprocesal para debatir las razones tenidas en cuenta por el juez del proceso al optar por alguna de las diferentes alternativas que el ejercicio de la jurisdicción ofrece. Tal posibilidad implicaría el proferimiento por parte del juez de tutela de ciertas órdenes sobre la conducción del proceso, o la disposición del derecho sustancial, que el funcionario de conocimiento, por su condición de director-responsable de la actuación, está en imposibilidad de acatar.

La invalidación de lo actuado, o la remoción de un asunto de un Despacho con destino a otro -que es lo pretendido con la acción instaurada , ordenadas por un juez ajeno al conflicto debatido en el proceso, entraña inseguridad jurídica ante la posibilidad de que funcionarios diferentes profieran decisiones contradictorias -o por lo menos coexistentes- sobre el mismo asunto debatido.

Tal como la Sala lo tiene establecido, "Es precisamente el derecho constitucional fundamental invocado por el accionante -*el debido proceso*-, el principal dique al que se enfrentaría el juez de tutela al pretender compartir con otro funcionario la posibilidad de decidir sobre el mismo punto en litigio, cuya suerte ha sido asignada al resultado que arroje el proceso mismo. Proceso que por demás, aparece claramente regulado en la norma de rito, no sólo en el otorgamiento preciso de la competencia funcional y en el señalamiento de los pasos a seguir en su desarrollo -"formas propias del juicio" , sino también en la previsión de los recursos de ley, por medio de los cuales las partes afectadas pueden controvertir las decisiones que consideren adversas" (Tutela 2244, feb. 27/96).

La decisión objeto de reclamación exhibe una razonable motivación del funcionario, reflejo del ejercicio hermenéutico realizado sobre la legislación pertinente, apoyada, además, en jurisprudencia acerca de los fue-

ros concurrentes, "frente a los cuales se da una competencia a prevención que, como lo ha dicho la Sala, 'define el propio demandante cuando al ejercer su facultad de elección presenta la demanda ante cualquiera de los Despachos Judiciales con competencia para conocer del negocio' (auto de 9 de julio de 1992). Ejercida esa opción por el demandante la competencia para conocer del proceso... 'antes a prevención o concurrente, se convierte en privativa o excluyente, lo que implica su invariabilidad sobreviniente' (Corte Suprema de Justicia, auto 101 de fecha 4 de mayo de 1991, M.P. Nicolás Bechara Simancas)".

Con estas características, la providencia cuestionada por vía de tutela mal puede ser calificada como una "vía de hecho" -que excluyendo la sistemática interpretación de la Ley, y la racional ponderación del asunto litigioso, impone la voluntad y el capricho del funcionario-, pues es un atributo innegable del ejercicio de la jurisdicción, el imprimir a la actuación el curso que el funcionario de conocimiento considere conveniente, proceder que no resulta arbitrario por el hecho de haber sido promovido a través de una solicitud expresa del abogado demandante, pues en acatamiento de la lealtad procesal, las partes también deben velar por la preservación de la actuación, destacando en sus intervenciones los errores en que pueda incurrir el funcionario.

En estas circunstancias, el carácter de orden público de las normas reguladoras del procedimiento -invocado por el impugnante para deslegitimar la decisión judicial que se comenta-, no puede constituir obstáculo insalvable para que el director del proceso reasuma el conocimiento con posterioridad a la ejecutoria formal de la providencia en la que se afirmaba incompetente, si se tienen en cuenta los razonamientos en que tal actuación se motiva.

El Tribunal de instancia desvirtuó la existencia de un perjuicio irremediable argumentando que al resolverse el incidente de nulidad, "podría producirse la reparación del daño causado en el evento de haberse producido". Esta afirmación no se ajusta a la finalidad que el actor imprime a su reclamación, cual es enervar el perjuicio económico que eventualmente pueda ocasionar la diligencia de embargo y secuestro de la bodega litigiosa, lo que de todas formas lejos está de entrañar un peligro inminente de un perjuicio grave e irreversible para los demandados, pues en tratándose de un proceso ejecutivo, el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil establece que "el ejecutante deberá prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros... para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares", carga que además en el proceso referido fue oportunamente cubierta por el demandante, tal como se constata a folio 107 del cuaderno principal.

Otra de las finalidades de la acción interpuesta, fue obtener la resolución del incidente de nulidad propuesto por el demandado en atención a las irregularidades sustanciales en que habría incurrido el Juez Tercero

Civil del Circuito de Cartagena al reasumir el conocimiento del proceso, no obstante haber declarado su incompetencia mediante providencia ejecutoriada.

Sin embargo, para este momento procesal resulta inane hacer consideraciones en torno a dicha pretensión, pues como lo informó el juez accionado, "por virtud de una orden emitida por la Sala Administrativa (del Consejo Seccional de la Judicatura) se resolvió el incidente de nulidad declarándolo improcedente, de conformidad con lo normado en el artículo 100 del C. de P. Civil" (fol. 53 c. o.).

Así las cosas, al haberse proferido el pronunciamiento judicial cuya omisión motivó la instauración de la acción de tutela, por sustracción de materia la reclamación en este sentido ha perdido su objeto.

El apoderado del Banco Popular, contra quien también se dirige la acción de tutela, en su condición de demandante en el referido proceso ejecutivo no desempeñó función pública alguna, por lo que, de conformidad con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, se descarta la procedencia del amparo respecto de la gestión por él cumplida.

No existe además, situación de indefensión del peticionario frente a los abogados accionados, pues aquel, en su condición de parte demandada en un proceso ejecutivo, cuenta con todos los mecanismos de defensa que en aplicación del debido proceso otorga el ordenamiento civil, a los cuales efectivamente ha acudido, pues recuérdese que promovió el incidente de nulidad, y a nivel extraprocesal solicitó vigilancia administrativa ante el Consejo Seccional de la Judicatura, la que, cuestionable desde el punto de vista de los principios de independencia y autonomía judiciales que aquí se dejan sentados, culminó con el requerimiento al funcionario de conocimiento "para que inmediatamente le dé curso a la solicitud de nulidad impetrada por el abogado de la parte demandada", y la orden de "compulsar copias del expediente" ante las autoridades competentes, pues "podrían existir motivos suficientes por (sic) iniciar una investigación de carácter disciplinario y penal contra los apoderados de la parte demandante y contra el mismo Juez" (fol. 12 c. anexo No. 1).

Y respecto de los cuestionamientos formulados a la actuación del *curador ad litem*, ha de advertirse que sus funciones y facultades son controladas al interior del mismo proceso, donde, de presentarse los desmanes que denuncia el peticionario, el funcionario de conocimiento o el Consejo Seccional de la Judicatura pueden adoptar los correctivos del caso, lo que descarta cualquier situación de indefensión del accionante frente a tal profesional del Derecho, no siendo la acción de tutela el mecanismo adecuado para juzgar la eficacia de su gestión, la que aparece regulada y limitada por el artículo 46 del Código de Procedimiento Civil.

Cierta resulta entonces la declaratoria de improcedencia del amparo invocado contra el apoderado del Banco Popular y el referido curador ad litem, pues ninguno de tales profesionales se halla encargado de la pres-

tación de un servicio público, y, además, como ha quedado demostrado, respecto de ellos el peticionario mantiene una posición de equilibrio procesal, lo cual descarta la posibilidad de encontrarse en situación de subordinación o indefensión.

Inoficiosa deviene la solicitud de compulsar copias para investigar los presuntos punibles cometidos en el ejercicio de la acción civil y en el decurso del proceso ejecutivo, si se tiene en cuenta que, como viene de advertirse, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Cartagena, como consecuencia de la vigilancia administrativa ejercida sobre el referido proceso, profirtió una orden en tal sentido y dispuso la expedición de copias "para la investigación de carácter disciplinario y penal tanto de los apoderados, como del Juez Tercero Civil del Circuito".

Finalmente, resulta pertinente advertir que la "prevalencia del Derecho sustancial" (arts. 228 de la C. N. y 9° del Código de Procedimiento Penal), invocada en el escrito de tutela, no es un derecho inherente a la persona, sino una directriz del Constituyente a los Administradores de Justicia, para que, sin perjuicio de las garantías fundamentales de quienes intervienen en el proceso, orienten la actividad judicial a la efectividad del derecho material, por encima del culto ciego a la forma. Por manera que, si no ostenta el carácter de derecho fundamental, la "prevalencia del derecho sustancial" debe reclamarse al interior de la actuación y no por vía de amparo.

En este orden de ideas, demostrada la improcedencia de la protección constitucional invocada, la Sala confirmará la providencia objeto de impugnación.

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. *Confirmar* íntegralmente el fallo recurrido.

2. *Notificar* esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. *Remitir* las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INCIDENTE DE DESACATO: ante una petición escrita, la notificación verbal que haga la autoridad al accionante no es respuesta para tener por cumplida la sentencia de tutela que dispuso el amparo al derecho de petición

"[...] No puede darse por cumplido el derecho de petición cuyo amparo se ordenó, pues de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, la notificación verbal procede cuando la petición se ha elevado de la misma manera, pero cuando no es así, debe procurarse enterar al peticionario por el medio más eficaz, enviándole una citación por 'correo certificado' a la dirección que se haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación o en la que figure en comunicación hecha con ese fin, debiendo anexar la constancia del envío al expediente respectivo."

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Radicación No. 4342

Aprobado Acta No. 33

VISTOS

Por vía de consulta conoce la Sala la sanción de 5 días de arresto y 2 salarios mínimos de multa, impuestos mediante decisión del 18 de febrero del año en curso proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en contra del Comandante del Distrito Militar No. 44, Teniente Luis Felipe Pinzón Reyes por desacatar la orden de tutela dictada por esa misma Corporación mediante sentencia del 5 de diciembre de 1997.

ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia del 5 de diciembre de 1997, el Tribunal Superior de Barranquilla, amparó el derecho de petición del ciudadano Manuel Leonardo Reyes Barragán, quien desde el mes de septiembre del mismo año había solicitado al Comandante del Distrito Militar No. 44 la reduc-

ción o en su defecto la exoneración del pago de la libreta militar sin que se le hubiese respondido, ordenándole, por tanto, al referido Comandante que "dentro del término de 48 horas de respuesta a la solicitud" elevada por el accionante y al Ministerio de Defensa que, "por intermedio del Jefe de Reclutamiento y control de Reserva ponga en conocimiento del señor Manuel Leonardo Reyes Barragán la respuesta que se le dicra a su petición".

2. Por intermedio de su apoderado, el accionante presentó incidente de desacato mediante escrito recibido el 20 de enero de 1998 en el Tribunal Superior de Barranquilla, pues a pesar de que los accionados se enteraron oportunamente de la orden impartida en el fallo de tutela, no había obtenido respuesta.

3. Así, por auto del 21 de enero del año en curso, se dio inicio al incidente de desacato, ordenándose informar de ello al petente y a su apoderado así como a los accionados y de las consecuencias que acarrea el incumplimiento del fallo de tutela, habiéndose allegado durante el trámite incidental, los siguientes documentos:

El 28 de enero del año en curso se recibió un oficio sin número por medio del cual el Teniente Luis Felipe Pinzón Reyes, informa al Tribunal que el derecho de petición del ciudadano Manuel Leonardo Reyes Barragán, "fue respondido personalmente y en forma verbal", informándole que, "tenía su situación militar ya definida; se encontraba pendiente por clasificar y que debía retirar dicho recibo de cuota de compensación militar para cancelar la tarjeta militar" y el 5 de febrero siguiente igualmente se allegaron dos oficios, el No. 072 del 26 de noviembre de 1996 y otro sin número del 28 de enero de 1998, por medio de los cuales el Teniente ahora sancionado informa que el derecho de petición del accionante no fue recibido en esa dependencia y por esa razón no se ha respondido; y en el otro, dirigido al señor Reyes Barragán manifestándole que "no puede ser exonerado por no ser inhábil absoluto que son los únicos que no cancelan cuota de compensación militar de acuerdo a los exámenes médicos realizados por los médicos de reclutamiento estipulado en la Ley 48 de 1993 y Decreto 2048 de 1993 en la cual se reglamenta el servicio militar, el señor Manuel Leonardo Reyes Barragán está exento de prestar su servicio militar por ser inhábil al presentar una rodilla pero no está exento de pago de cuota de compensación militar". Con el mismo documento se anexa copia de la tarjeta de inscripción del accionante, del acta de clasificación de regulares.

Por su parte, la Jefe de la oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, Grupo Contencioso Constitucional, el 5 de febrero de este año, remitió vía fax, al a quo, el oficio No. MDHCC.774, sin fecha (aunque en el original aparece fechado el 6 del mismo mes), manifestando que el 12 de noviembre de 1997 (oficio No. 14863), el Director de Reservas dio res-

puesta al señor Reyes Barragán, informándole que su solicitud fue enviada al Comandante del Distrito Militar No. 44 de Barranquilla, competente para resolver en primera instancia y al Comandante de la Segunda Zona definir en segunda; con oficio 10.289 del 12 de diciembre de 1997, el Secretario General del Ministerio de Defensa envía al Director de Reclutamiento y Control Reservas el fallo de tutela para su cumplimiento: con el No. 004053 de la misma fecha la Oficina Jurídica del Grupo Contencioso y Constitucional de dicho Ministerio remitió el mismo fallo de tutela al Comandante del Distrito Militar No. 44 de Barranquilla para idéntico fin, reiterándole lo mismo mediante comunicación del 4 de febrero del año en curso.

Asimismo, se afirma en el referido documento que el Comandante ahora sancionado dio respuesta al accionante con oficio del 28 de enero de este año, el cual fue recibido por Nubia Stella Reyes, hermana del accionante, dándole así, dice, el respectivo trámite a la tutela y al incidente de desacato. Anexa copia de los oficios mencionados, siendo del caso precisar que el oficio, sin número, con fecha del 28 de enero de 1998 por el Teniente Pinzón Pérez aparece recibido efectivamente por Nubia Reyes, el 5 de enero del año que avanza.

-En memorial presentado el 9 de febrero pasado, el apoderado del accionante solicita al Tribunal que proceda a sancionar a los demandados por cuanto no cumplieron la orden impartida en el fallo de tutela, sosteniendo que, "Hasta el momento mi cliente, ni el suscrito hemos recibido comunicación por parte del ministerio de defensa o del comandante del distrito militar, por tanto es totalmente falso lo afirmado por el comandante del ejército en el cual afirma en su escrito de traslado del incidente que le respondió verbalmente a mi cliente, ya que este ni siquiera lo conoce, más aún si usted señor magistrado lee el derecho de petición elevado por mi cliente y la supuesta respuesta dada por el comandante no concuerda para nada".

El fallo

Luego de precisar las fechas en que los accionados fueron enterados del fallo de tutela, puntualizó el Tribunal sobre el contenido de la prueba documental allegada por éstos durante el trámite incidental, destacando que el oficio traído por el Comandante del Distrito Militar No. 44, cuya fecha es 28 de enero de 1998 y " aparentemente" dirigido al accionante dándole respuesta a su petición no presenta constancia alguna de haber sido recibido por él mismo o su apoderado.

Concluye, así, el *a quo*, que no existe elemento de juicio que permita afirmar que el Comandante del Distrito Militar No. 44 haya dado cumplimiento a la orden impartida en el fallo de tutela proferido por esa misma Corporación el 5 de diciembre de 1997, máxime si se tiene en cuenta que

en la respuesta dada por el accionado durante este trámite, se manifiesta que la respuesta se dio en forma verbal, siendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del C.C.A., si la petición se elevó por escrito, así también debe responderse. Además, ello se desvirtúa con el memorial presentado por el apoderado del accionante en donde manifiesta que no ha recibido respuesta alguna.

Agrega entonces, que si se aceptara que la supuesta respuesta escrita fue recibida el 5 de enero del año en curso por la hermana del accionante y de lo cual tampoco hay demostración, pues no hay prueba de que haya procedido conforme a lo previsto en los artículos 44 y 45 del C.C.A., debe concluirse que con anterioridad a tal fecha el Comandante del Distrito Militar no tuvo la intención de cumplir la orden de tutela, pues teniendo en cuenta la fecha en que se enteró de su contenido, las 48 horas para proceder a responder el derecho de petición, vencieron el 15 de diciembre de 1997.

En lo que tiene que ver con el Ministerio de Defensa, consideró el Tribunal que no incurrió en Desacato por cuanto de conformidad con la información suministrada, el fallo de tutela fue remitido oportunamente al Comandante del Distrito Militar No. 44 para que le diera cumplimiento, procediendo en consecuencia a sancionar por desacato al Teniente Luis Felipe Pinzón Reyes con 5 días de arresto y 2 salarios mínimos mensuales.

CONSIDERACIONES

1. Siendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, "la persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos...", procede la Sala a revisar por vía de consulta la sanción impuesta al Teniente Luis Felipe Pinzón Reyes, teniendo en cuenta las pruebas allegadas durante el trámite incidental.

2. Tal y como lo precisara el Tribunal de Barranquilla con la documentación allegada tanto por la Jefe de la Oficina Jurídica del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa como por el propio sancionado, no puede afirmarse de ninguna manera que éste haya cumplido con la orden impartida en el fallo de tutela proferido por esa Corporación el 5 de diciembre de 1997.

Debe darse por descontado entonces, en primer lugar, que era al Comandante del Distrito Militar No. 44 de Barranquilla quien tenía la obligación de responder la petición del ciudadano Manuel Leonardo Reyes Barragán no solo porque a él directamente le impartió la orden el fallo de tutela, sino porque la oficina jurídica del grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa le remitió copia del fallo para que procediera a darle cumplimiento.

3. Ahora bien, la primera intervención del Teniente Pinzón Reyes durante este trámite fue la de manifestar que el derecho de petición se había resuelto en forma personal y verbal al accionante indicándole cuál era su situación militar, así como que debía cancelar el valor de la libreta militar, sin precisar en que fecha y cómo sucedió esto y, desde luego sin explicación alguna sobre por qué no se procedió a suministrar una respuesta escrita que satisficiera las inquietudes del peticionario, con lo cual no puede darse por cumplido el derecho de petición cuyo amparo se ordenó, pues de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 44 del C.C.A., la notificación verbal procede cuando la petición se ha elevado de la misma manera, pero cuando no es así, debe procurarse enterar al peticionario por el medio más eficaz, enviándole una citación por "correo certificado" a la dirección que se haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación o en la que figure en comunicación hecha con ese fin, debiendo anexar la constancia del envío al expediente respectivo.

Tampoco puede afirmarse, que con el oficio que sin número y de fecha 28 de enero de 1998, esto es, ya iniciado el respectivo incidente, se hubiese cumplido con lo ordenado en el fallo para hacer cesar la vulneración al precitado derecho, pues aparte de que curiosamente tiene la misma fecha de aquél en el que informa al Tribunal que respondió en forma personal y verbalmente, no contiene, como se precisara en el fallo consultado, fecha de recibido y además, la copia enviada con la documentación que posteriormente remitiera por fax la Jefe de la oficina Jurídica del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa contiene una anotación de recibido por la hermana del accionante, Nubia Stella Reyes B., el 5 de enero de 1998, curiosamente anterior a la de su supuesta elaboración y/o envío, ni mucho menos se dejó constancia a qué dirección se envió y por qué razón se entregó a persona distinta de su destinatario.

4. Por el contrario, ni el propio Comandante del Distrito Militar puede dar razón alguna que demuestre que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, procediera a su acatamiento, sino que fue por razón de la iniciación del trámite incidental, que a última hora decidió elaborar el escrito, supuestamente del 28 de enero, del que no se sabe quién, cómo y en dónde fue entregado.

Así las cosas, forzoso resulta confirmar el fallo consultado.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la providencia consultada, proferida el 18 de febrero de 1998, por medio de la cual se sancionó por desacato al fallo de tutela del 5 de diciembre de 1997, al teniente Luis Felipe Pinzón Reyes con 5 días de arresto y el pago de dos salarios mínimos mensuales.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: 1. Los fiscales delegados ante el Tribunal superior conocen de los procesos contra jueces por el factor subjetivo (artículo 70 num. 2 Código de Procedimiento Penal) no porque opere la figura del desplazamiento (artículo 125 numeral 3 *ibidem*) 2. Vulnera el derecho al debido proceso por desconocer la garantía de la doble instancia la decisión que le confiere el conocimiento de un recurso de apelación a un fiscal de la misma jerarquía de quien profirió la decisión que se impugna. En ejercicio de una facultad de gestión administrativa orientada a racionalizar y distribuir trabajo, como es la que se otorga a los Fiscales Jefes de Unidad Delegada no pueden modificarse, ni quedar sin efectos, normas legales atributivas de competencia que son de estricto orden público y por tanto de aplicación necesaria, cual ocurre, por ejemplo, con el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal

De los procesos penales contra jueces conoce el Tribunal Superiorel Distrito (artículo 70 Num. 2 Código de Procedimiento Penal) "[...] para el caso en estudio [...] por consiguiente, cuando conoce del proceso la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior [...], lo hace porque su competencia ha sido fijada en atención a la calidad de funcionarios judiciales en contra de los cuales se inició la investigación [...] en consecuencia, [...] la competencia del Fiscal [...] no está determinada por la modalidad de desplazamiento contemplada en el numeral 3 del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, sino por razón de la calidad de las personas procesadas, siendo entonces aplicable lo dispuesto por el artículo 125 numeral 1[...] en este orden de ideas, no puede ser de recibo el argumento [...] del fallo esgrimido en el sentido de que en caso presente, el Fiscal Delegado ante el Tribunal esté actuando en primera instancia por haber desplazado al Fiscal Delegado ante los juzgados penales del circuito de esta ciudad, para concluir por esta sola razón que la providencia proferida pueda ser revisada por otro Fiscal de la misma Unidad y rango para efectos de la apelación.

Siendo este el verdadero origen de la competencia del funcionario que conoce en primera instancia [...] le corresponde por lo tanto conocer del recurso de apelación a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia como lo manda la ley, y sobre este particular es de advertir que a esta conclusión no impide llegar la Resolución 2722 de 1994, aducida en la sentencia impugnada como base suficiente para sustentar la asignación de funciones efectuada en la Resolución 062 por el Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante los Tribunales [...], ello por cuanto, en guarda de principios de claro arraigo constitucional al tenor de los cuales se rige la aplicación del derecho por los poderes públicos, no puede aceptarse que en ejercicio de una facultad de gestión administrativa orientada a racionalizar y distribuir trabajo, como es la que le otorga la primera de las Resoluciones citadas a los Fiscales Jefes de Unidad Delegada, puedan llegar a modificarse, e inclusive hasta dejar sin efectos, normas legales atributivas de competencia para los distintos órganos de la Fiscalía General de la Nación, normas que cual ocurre, por ejemplo, con el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, son de estricto orden público y por tanto de aplicación necesaria.

En síntesis, los cambios de competencia que se produzcan al interior de la Fiscalía, o las asignaciones que se hagan en ella, no pueden traducirse en el desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva que como integrante de la garantía del debido proceso, tienen los sindicados en un proceso penal, tutela que en cuanto al recurso de apelación atañe respecto de las decisiones que adopten funcionarios del ente acusador, implica de suyo la intervención revisora de un órgano jerárquicamente superior al que profirió la resolución impugnada y por lo tanto distinto a este último, [...] entender cosa distinta, [...] conduce a desfigurar la función de garantía que al recurso de apelación le reconoce el artículo 31 de la Constitución Política cuando el mismo es viable de acuerdo con la ley, y obliga en el presente caso a otorgar el amparo solicitado.'

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Referencia: Expediente No. 4795

Decide la Corte la impugnación interpuesta contra la providencia de fecha dos (2) de febrero de 1998, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, por medio de la cual se negó la tutela solicitada por Augusto Conti Parra contra la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Considera el accionante, quien actúa en su propio nombre, que el despacho judicial antes citado ha desconocido su derecho al debido proceso y a la defensa en la Resolución Número 062 del veintiséis (26) de diciembre de 1997, proferida por el Fiscal Jefe de la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, y en consecuencia pretende que se revoque dicho auto y, en subsidio, se conceda el recurso de apelación por considerar que al asignarse en la aludida resolución el conocimiento de la segunda instancia a otro Fiscal integrante de la misma Unidad de la que forma parte el que profirtó la providencia objeto de apelación y que ha venido conociendo el proceso, se está quebrantando el postulado de la doble instancia y el derecho al debido proceso.

Los hechos y afirmaciones que dieron lugar al pedido de amparo constitucional bien pueden resumirse de la siguiente manera:

1. El accionante en su calidad de abogado titulado, actuó como asesor externo de la Caja Nacional de Previsión Social "Cajanal", asumiendo la función de apoderado de la entidad en varios procesos ejecutivos laborales adelantados en contra de la misma, ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, instaurados por afiliados pensionados de la aludida institución.

2. El origen y fundamento de la investigación penal en cuestión se sustentó en el oficio 2707 de diez (10) de septiembre de 1990 mediante el cual el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial de la Procuraduría General de la Nación, remitió al Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá copia auténtica del proceso adelantado por el Ministerio Público contra los funcionarios Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, Betty Castellanos de Romero y Omaira Ríos Vargas, en su carácter de Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, Juez Cuarenta Civil Municipal y Secretaria de este mismo Juzgado, respectivamente.

3. El accionante fue vinculado en 1990 a la investigación por la defraudación en el cobro de créditos pensionales a la Caja Nacional de Previsión Social "Cajanal", asunto del cual conocieron en su orden, el Juzgado Veintisiete de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá, el Juzgado Sesenta y Nueve de Instrucción Criminal ambulante de Santa Fe de Bogotá, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta capital y la Fiscalía General de la Nación, identificado el expediente bajo el número de sumario 004B.

4. Mediante proveído de dieciséis (16) de julio de 1991, el Juzgado Veintisiete de Instrucción Criminal ambulante de Santa Fe de Bogotá, ordenó vincular al proceso a Augusto Conti Parra.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en decisión calendada el treinta (30) de junio de 1992, resolvió sobre la situación

jurídica del accionante, profiriendo medida de detención preventiva por el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y en la modalidad de cómplice.

6. Mediante Resolución número 00004 del catorce (14) de septiembre de 1992 emanada de la Fiscalía General de la Nación se designaron como Fiscales Especiales a los Doctores Dora Vargas, Javier Fletscher, Jairo Agudelo, y Manuel José Pulido, Fiscales Delegados de la Unidad ante los Tribunales de Distrito Judicial de Bogotá y Cundinamarca, quienes integraron una Unidad Especial de Fiscalía, asignándoseles el conocimiento de todas las investigaciones que se adelantaban hasta el momento, o llegaren a adelantarse en el futuro, en las Unidades de Fiscalía de todo el país, por defraudaciones de todo orden en las que fuera sujeto pasivo la Caja Nacional de Previsión Social "Cajanal", siendo de advertir entonces que esta acumulación y su consiguiente asignación de competencia a los Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior de Bogotá, obedeció al fuero de atracción que se produjo en razón de la calidad de jueces de las personas inicialmente investigadas.

7. La Fiscalía General de la Nación, por Resolución 0-2311 del dieciocho (18) de Octubre de 1994, dejó sin vigencia la Resolución 00004 del catorce (14) de septiembre de 1992 y ordenó trasladar a su lugar de origen, y en el estado en que se encontraban, varios procesos entre ellos el 004B que aquí es materia de análisis.

8. El nueve (9) de agosto de 1996, la Unidad Delegada de la Fiscalía ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, declaró cerrada la investigación y posteriormente, en providencia de veinticuatro (24) de junio de 1997, esa misma Unidad Delegada de la Fiscalía efectuó la calificación del sumario, y fue así como en el numeral veintitrés (23) se dictó resolución de acusación en contra de Augusto Conti Parra en grado de complicidad por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía y en concurso homogéneo; en el numeral veinticuatro (24), se precluye la investigación por el delito de Infidelidad a los Deberes Profesionales imputado al aquí accionante cuando se adicionó la medida de aseguramiento originalmente impuesta; en el numeral 28 se revocó la libertad provisional otorgada y en el numeral veintinueve (29), se sustituyó la medida de detención preventiva del procesado por la de detención domiciliaria.

9. El accionante interpuso el recurso de apelación contra la resolución de acusación del veinticuatro (24) de junio de 1997 emanada de la Unidad Delegada de la Fiscalía ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, recurso concedido en el efecto suspensivo mediante providencia calendada el treinta y uno (31) de octubre siguiente.

10. La Resolución 062 de fecha veintiséis (26) de diciembre de 1997, emanada de la Unidad Delegada de la Fiscalía ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, asignó la segunda instancia del sumario 004B a otro Fiscal Delegado de esa misma Unidad arriba mencionada, para que desate los recursos de alzada interpuestos por el accionante y otros sindicados en el susodicho proceso, decisión ésta que motiva el pedido de amparo negado en el fallo que aquí es objeto de impugnación.

El fallo del Tribunal

El Tribunal, sin adelantar con el cuidado necesario el estudio de los autos, desestimó la acción de tutela incoada por considerar que la dependencia accionada no violó el derecho al debido proceso y el derecho de defensa comprendido en él, ya que el artículo 125 del C.P.P., modificado por la Ley 81/93 en su artículo 19, establece que corresponde a los fiscales delegados ante el Tribunal Superior: 1. Investigar, calificar, y acusar, si a ello hubiere lugar los delitos cuyo juzgamiento esté atribuido en primera instancia al Tribunal Superior de Distrito. 2. Resolver los recursos de apelación y de hecho, interpuestos contra decisiones proferidas en primera instancia por los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales o promiscuos. 3. Cuando lo considere necesario, investigar, calificar y acusar directamente desplazando a los fiscales delegados ante los juzgados del respectivo distrito, mediante resolución motivada contra la cual no procede recurso alguno. 4. Decidir sobre las recusaciones no aceptadas por los fiscales mencionados en el numeral segundo de este artículo. 5. Asignar el conocimiento de la instrucción cuando se presente conflicto entre los fiscales delegados ante los jueces de circuito, municipales y promiscuos, norma esta que en su parágrafo transitorio agrega que es función de dichos fiscales resolver los conflictos que se presenten entre juzgados penales municipales o promiscuos con fiscales delegados ante los jueces de circuito.

Así, pues, tomando pié en las disposiciones precedentes, apoya el Tribunal la denegatoria de la tutela en el hecho de que el delito por el cual se dictó resolución de acusación en contra de quién es aquí accionante, es de conocimiento en primera instancia de los jueces penales de Circuito, por no estarle atribuido a otra autoridad según el artículo 72 del C.P.P., pero fue investigado por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito, precisamente en cumplimiento del numeral tercero del artículo 125 del C.P.P., desplazando al Fiscal Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito, circunstancia esta que no permite colegir que debido a ella pase el asunto a ser de conocimiento en primera instancia del Tribunal, para que de este modo la apelación deba ser conocida por los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia como lo sostiene el pedido de tutela.

También estima el Tribunal que la Resolución 2722 de 1994 que determina en forma general las funciones del Fiscal Delegado Jefe de Unidad de Fiscalía, otorgando entre otras la de "Asignar procesos a los fiscales delegados.", le brinda fundamento suficiente al acto sometido a crítica en esta especie, acto como se dijo adoptado para atribuir el conocimiento de la apelación a otro Fiscal de la misma Unidad de la cual es integrante el funcionario que tomó la decisión por este medio ordinario impugnada, lo que no supone transgredir el principio de la doble instancia pues el derecho a apelar no le ha sido negado al accionante.

La impugnación

Insiste el accionante en su petición inicial por considerar que la resolución impugnada es violatoria del derecho fundamental al debido proceso, y también del principio de la doble instancia, al ser el mismo juez de primer grado quien resuelve el recurso de apelación interpuesto y concedido.

Consideraciones

1. Sabido es que la acción de tutela fue establecida por la Constitución Política como mecanismo para garantizar, mediante un procedimiento judicial breve y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas contra todo acto u omisión de autoridad pública, y en algunos casos de particulares, que en forma evidente lesionen o sometan a restricción ilegítima los referidos derechos.

Excepcionalmente procede dicha acción contra actuaciones o decisiones judiciales cuando los juzgadores, en lugar de obrar de acuerdo con la Constitución, cual es su deber hacerlo, por falta de una aplicación de las leyes reguladoras de los procesos que guarde armonía con esa normatividad de rango superior, terminan produciendo actuaciones notoriamente arbitrarias, en cuanto tales verdaderas vías de hecho que redundan en menoscabo de los derechos fundamentales con agravio para las partes que del proceso respectivo son sujetos al someterlas a situaciones de indefensión material.

Vías de hecho que por lo demás se configuran, sin lugar a dudas, frente a actos concretos de los órganos jurisdiccionales que objetivamente entrañan injustificado menoscabo de los derechos a intervenir en determinado proceso, a efectuar las alegaciones que se estimen pertinentes dentro del marco que fija la ley, a utilizar los medios de prueba conducentes a demostrar la veracidad de los hechos alegados y, en su caso, a utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales que les ocasionan gravamen, menoscabo este cuya entidad ha de medirse con la clara perspectiva constitucional que la materia ofrece, habida cuenta que, como bien es sabido, la prohibición de indefensión aparece hoy en día como derecho

fundamental integrante de la garantía del debido proceso al tenor del artículo 29 de la Constitución Nacional, merecedora en consecuencia del tipo de protección excepcional, informada por los postulados de preferencia y sumariedad, que otorga la acción de tutela, en los eventos en que aquellos órganos, sin preocuparse por orientar sus decisiones en el sentido que se muestre mas favorable a la plena eficacia de aquellas prerrogativas y respetuoso por ende de su contenido esencial, no aplican las normas de procedimiento conforme a una interpretación que consulte principios rectores de rango constitucional que por su propia naturaleza, no solamente deben ser acatados en la legislación ordinaria, sino que deben ser también rigurosamente observados en la actuación de los poderes públicos en sus diversas manifestaciones, una de ellas la práctica judicial expresada en las providencias que tomen los administradores de la justicia sobre quienes pesa la obligación que hace explícita el art. 228 de la Carta Política desarrollado en los Artículos 1 y 9 de la Ley 270 de 1996, de hacer prevalecer los aludidos derechos que en sustancia configuran la garantía de defensa jurídica de quienes intervienen en un proceso.

2. El principio de la doble instancia en el ámbito del proceso penal está consagrado, al menos en los que configuran sus lineamientos básicos, en la Constitución Política al proclamar en su artículo 31: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagre la ley", mientras que el Código del ramo en su artículo 3, establece que "Los procesos tendrán dos instancias, a menos que la ley establezca una sola", norma que debe ser leída en consonancia con el artículo 16 del C. de P.P. a cuyo tenor " toda providencia interlocutoria podrá ser apelada, salvo las excepciones previstas". Se trata, pues, de la consagración explícita de un postulado universalmente aceptado en cuya virtud se propugna porque el mayor número posible de controversias sometidas a al conocimiento de las autoridades judiciales puedan pasar, después de un primer juicio, al examen de un segundo órgano jerárquicamente superior de modo tal que abunden las probabilidades de acierto dada la particular importancia de la decisión adoptada, mediante la apertura de una nueva fase procesal que es prosecución del mismo proceso tramitado ante el funcionario a quo y que encuentra amplia justificación en razones bien conocidas que de vieja data, siguiendo las enseñanzas de reconocidos autores, se repiten constantemente haciendo ver que el recurso de apelación es remedio de necesidad incontrastable en tanto gracias a él, decía el Conde de la Cañada,... "enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias definitivas o interlocutorias, por ignorancia o por malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que han tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su reclamo de justicia; se evitan los perjuicios e inequidades que tal vez cometerían algunos jueces inferiores si no temieran que sus superiores los descubriesen; y finalmente, este remedio llena de satisfacción a los

interesados al ver que concurren nuevos y mejores jueces a declarar su derecho..."

Así, pues, el principio del doble grado de jurisdicción que tiene su expresión mejor caracterizada en el recurso ordinario recién mencionado, parte del supuesto de que un juicio reiterado hace por sí mismo posible el perfeccionamiento de la labor desplegada por la autoridad apelada, siempre y cuando los dos juicios por realizar estén a cargo de órganos diferentes entre los cuales sea identificable la superioridad de rango del ad quem y, además, es preciso que debido a esa disparidad de condición jerárquica, el segundo se presente con mas autoridad que el primero: faltando estos requisitos, porque de hecho se los ignora o menosprecia al configurar normativamente, en términos de competencia o de procedimiento, el derecho de hacer uso de alzada en una situación litigiosa determinada, desaparece la garantía jurídica que el recurso en estudio envuelve para los justiciables y es justamente por eso mismo que se hace notoria la ilegitimidad constitucional de una regulación normativa de la estirpe indicada.

En otras palabras, ese acceder a la segunda instancia implica, en la perspectiva constitucional señalada, la posibilidad de hacerlo con el pleno de las garantías que la naturaleza del recurso de apelación supone, una de ellas constituida se insiste por la certeza de que un superior jerárquico revise la decisión del inferior, estableciendo a cabalidad un verdadero control sobre la justicia, tanto en el hecho como en el derecho, de tal decisión.

3. Para el caso en estudio, tal como obra al folio 120 del cuaderno original número 15 del expediente, es la Procuraduría General de la Nación la entidad que remitió el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por haberse abierto investigación penal contra los Jueces Cuarto Laboral del Circuito y Cuarenta Civil Municipal de Bogotá, junto con la secretaria de éste mismo juzgado; por consiguiente, cuando conoce del proceso la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, lo hace porque su competencia ha sido fijada en atención a la calidad de funcionarios judiciales en contra de los cuales se inició la investigación en la cual fueron involucrados con posterioridad otros imputados y sindicados, entre ellos el accionante, Augusto Conti Parra.

En consecuencia, contrario a lo que sostiene el fallo impugnado, la competencia del Fiscal de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá D.C., y Cundinamarca no está determinada por la modalidad de desplazamiento contemplada en el numeral 3°. Del artículo 125 del C.P.P., sino por razón de la calidad de las personas procesadas, siendo entonces aplicable lo dispuesto por el artículo 125 numeral 1° de conformidad con el cual corresponde a los fiscales delegados ante el

Tribunal Superior investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, los delitos cuyo juzgamiento está atribuido en primera instancia al Tribunal Superior del Distrito respectivo, y en este orden de ideas, no puede ser de recibo el argumento en dicho fallo esgrimido en el sentido de que en el caso presente, el Fiscal Delegado ante el Tribunal esté actuando en primera instancia por haber desplazado al Fiscal Delegado ante los juzgados penales del circuito de esta ciudad, para concluir por esta sola razón que la providencia proferida pueda ser revisada por otro Fiscal de la misma Unidad y rango para efectos de la apelación.

Siendo este el verdadero origen de la competencia del funcionario que conoce en primera instancia, que es el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito, le corresponde por lo tanto conocer del recurso de apelación a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia como lo manda la ley, y sobre este particular es de advertir que a esta conclusión no impide llegar la Resolución 2722 de 1994, aducida en la sentencia impugnada como base suficiente para sustentar la asignación de funciones efectuada en la Resolución 062 por el Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, ello por cuanto, en guarda de principios de claro arraigo constitucional al tenor de los cuales se rige la aplicación del derecho por los poderes públicos, no puede aceptarse que en ejercicio de una facultad de gestión administrativa orientada a racionalizar y distribuir trabajo, como es la que le otorga la primera de las Resoluciones citadas a los Fiscales Jefes de Unidad Delegada, puedan llegar a modificarse, e inclusive hasta dejarse sin efectos, normas legales atributivas de competencia para los distintos órganos de la Fiscalía General de la Nación, normas que cual ocurre, por ejemplo, con el artículo 123 del C. de P. Penal, son de estricto orden público y por lo tanto de aplicación necesaria.

En síntesis, los cambios de competencia que se produzcan al interior de la Fiscalía, o las asignaciones que se hagan de ella, no pueden traducirse en el desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva que como integrante de la garantía del debido proceso, tienen los sindicados en un proceso penal, tutela que en cuanto al recurso de apelación atañe respecto de las decisiones que adopten funcionarios del ente acusador, implica de suyo la intervención revisora de un órgano jerárquicamente superior al que profirió la resolución impugnada y por lo tanto distinto a este último, según se dejó explicado a espacio en los párrafos precedentes.

Entender cosa distinta y como acontece en el caso en estudio, conformarse con la concesión formal del recurso para que lo decida un Fiscal de rango igual al que dictó la providencia impugnada, conduce a desfigurar la función de garantía que al recurso de apelación le reconoce el artículo 31 de la Constitución Nacional cuando el mismo es viable de acuerdo con la ley, y obliga en el presente caso a otorgar el amparo solicitado, ordenando que por el Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante los Tribunales

Superiores de Bogotá y Cundinamarca, se tomen todas las medidas necesarias en orden a hacer prevalecer sobre lo dispositivo de la Resolución 062 de 26 de diciembre de 1997 y en lo que respecta al conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el abogado aquí accionante, el precepto contenido en el artículo 123 numeral 2 del C. de P.P.

Finalmente, en cuanto hace referencia a la reclamación del accionante por los daños causados por la decisión impugnada y a la imposición de costas procesales, no suministra la actuación los elementos de juicio necesarios para que, de conformidad con el Art. 25 del Dcr. 2591 de 1991, haya lugar a acceder a dicha solicitud.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *revoca* el fallo de fecha dos (2) de febrero de 1998, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar, concede tutela para el derecho al debido proceso de Augusto Conti Parra.

En consecuencia se dispone:

Ordenar al Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá, D.C., y Cundinamarca que en el término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de este fallo y con la motivación que exige la Constitución Nacional para decisiones judiciales de esta clase, adopte todas las medidas necesarias con el fin de que el recurso de apelación interpuesto por el sindicado Augusto Conti Parra surta su trámite y sea resuelto en la oportunidad debida, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 123 del C. de P.P. en tanto este precepto establece que corresponde a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia resolver los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones interlocutorias proferidas en primera instancia por los fiscales delegados ante los Tribunales Superiores.

Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a los interesados, haciendo llegar copia íntegra de esta providencia al Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca. Ofíciese.

Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciese.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez (sin firma), Rafael Romero Sierra.

Lina María Torres González, Secretaria.

No suscribe la anterior providencia el Magistrado *José Fernando Ramírez Gómez* por cuanto no participó en la deliberación por encontrarse en uso de permiso.

Lina María Torres González, Secretaria.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, CAPTURA: la revocatoria de una orden de captura es una atribución exclusiva del funcionario judicial que conoce del asunto; el DAS, la Sijín y el juez de tutela no son autoridades competentes

La pretensión de ordenar al DAS y a la Sijín cancelar la orden de captura impartida por un Juzgado de Instrucción Criminal extinto " [...] deviene improcedente por cuanto de conformidad con el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, las autoridades de Policía Judicial no están facultadas para cancelar las órdenes de captura, atribución exclusiva del funcionario judicial que la haya impartido o de quien esté conociendo el asunto en el momento en que 'cesen los motivos que dieron lugar a ella'.

Es entonces ante el Despacho Judicial donde finalmente haya quedado radicado el sumario 2201, que debe dirigirse el accionante para elevar su solicitud, sin que la ausencia de antecedentes penales [...], ni el tiempo transcurrido o la calificación que él le da a la conducta imputada, torne en viable el amparo constitucional, pues este excepcional instrumento ha sido instituido para prohijar derechos fundamentales y no para relevar a los interesados de los trámites mínimos necesarios para obtener de la administración la solución a una situación concreta".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Radicación No. 4303

Aprobado Acta No. 34

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por el accionante Iván de la Cruz Silva Castro contra el fallo de tres de febrero de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, negó la tutela de los derechos fundamentales de petición, buen

nombre y debido proceso, entre otros, presuntamente vulnerados por el Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.) y la SIJIN de la Policía Nacional, al abstenerse de cancelar una orden de captura librada por el punible de abuso de confianza en el año de 1985, por el extinto Juzgado 93 de Instrucción Criminal.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Indicó el accionante que en el año de 1985 el Juzgado 93 de Instrucción Criminal profirió en su contra una orden de captura, en razón al punible de abuso de confianza, sin habérsele notificado ni permitido ejercer el derecho de defensa.

Se dirigió a los Juzgados Penales Municipales de Santa Fe de Bogotá que se certificara si en su contra existía algún proceso, obteniendo respuesta negativa, por lo que solicitó la cancelación de la referida orden al Departamento Administrativo de Seguridad y a la Policía Nacional, entidades éstas que negaron la solicitud hasta tanto no se allegara una orden judicial en tal sentido.

Interpuso la acción de tutela para que se ordene a las referidas autoridades "cancelar la orden de captura No. 85002094 vigente, ordenada (sic) por el Juzgado 93 de Instrucción Criminal, mediante oficio 104 sumario 2201 de enero de 1985, por el supuesto abuso de confianza instaurado (sic) por el señor Ricardo Laguna Moya" (fol. 3 c.o.).

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal de instancia denegó el amparo invocado al concluir que "el accionante no ha agotado todos los recursos encaminados a localizar no sólo el proceso sino la autoridad que esté conociendo de él, pues si lo hizo ante los Juzgados Penales Municipales, igualmente debe hacerlo ante los Juzgados Penales del Circuito o, Fiscalías Delegadas ante estos Despachos y, si no hizo ninguna gestión frente a éstos, mal puede alegar su desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales".

LA IMPUGNACIÓN

El accionante insistió en la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de las autoridades de Policía Judicial, al exigirle arbitrariamente una orden judicial para proceder a cancelar la orden de captura proferida en su contra.

Concluyó que por el tiempo transcurrido desde la fecha en que fue librada la orden de captura, ésta debió haber perdido vigencia por prescripción de la acción penal, lo que avalaría su solicitud de cancelación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tal como viene de precisarse, con la presente reclamación se pretende que el Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.) y la Policía Nacional -Sijín- de esta ciudad, cancelen la orden de captura impartida por el extinto Juzgado 93 de Instrucción Criminal mediante oficio No. 104 de enero de 1985.

Esta pretensión deviene improcedente por cuanto de conformidad con el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, las autoridades de Policía Judicial no están facultadas para cancelar las órdenes de captura, atribución exclusiva del funcionario judicial que la haya impartido o de quien esté conociendo del asunto en el momento en que "cesen los motivos que dieron lugar a ella".

Es entonces ante el Despacho Judicial donde finalmente haya quedado radicado el sumario 2201, que debe dirigirse el accionante para elevar su solicitud, sin que la ausencia de Antecedentes penales en los Juzgados Municipales o en la Fiscalía General de la Nación, ni el tiempo transcurrido o la calificación que él le da a la conducta imputada, tornen viable el amparo constitucional, pues este excepcional instrumento ha sido instituido para prohijar derechos fundamentales y no para relevar a los interesados de los trámites mínimos necesarios para obtener de la Administración la solución a una situación concreta.

Lo que se evidencia en el presente caso es que el peticionario, omitiendo dirigirse a los restantes Despachos Judiciales donde por competencia pudo ser radicado el proceso seguido por el presunto punible de abuso de confianza -que dependiendo de la cuantía pudo adquirir carácter delictual y por ende haber sido remitido a los Jueces Penales del Circuito-, pretende a toda costa que el Juez de Tutela ordene a organismos incompetentes como son los de Policía Judicial, cancelar una orden de captura proferida en su contra.

La oportuna respuesta dada por las entidades demandadas a la solicitud del postulante (fols. 110 y 113 del C.O.) corrobora la improcedencia del amparo al derecho de petición el cual no impone a la autoridad el deber de acceder al requerimiento-, especialmente si se tiene en cuenta que como lo informó el Director de la Policía Judicial, "con el fin de responder la petición al ciudadano referido, se gestionó de inmediato ante la Dirección Nacional de Fiscalías para que se remita la cancelación de la respectiva orden de captura y proceder de conformidad".

Por manera que, al no existir actuación ilegítima alguna de parte de las autoridades accionadas, la denegación del amparo se torna imperiosa, y con ello, la confirmación de la providencia objeto de impugnación.

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. *Confirmar* integralmente el fallo recurrido.

2. *Notificar* esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. *Remitir* las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO A LA IGUALDAD: La existencia de diferentes regímenes legales para unos y otros servidores de la Rama Judicial, según se hayan o no acogido voluntariamente al sistema de cesantías retroactivas o al de prestaciones congeladas de liquidación anual, es el supuesto de hecho que impide equiparar en un juicio de igualdad la situación de trabajadores vinculados a distinto régimen/**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL:** Las sentencias de tutela que profiere la Corte Constitucional tienen solo efecto *inter partes*/ **PRESUPUESTO NACIONAL:** Los actos administrativos que tienen por objeto el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo del Estado no pueden, en ningún momento, desbordar las previsiones presupuestales, salvo que medie la autorización de que trata el artículo 49 de la Ley 179 de 1994

1."La existencia de diferentes regímenes legales para unos y otros servidores de la Rama Judicial, según se hayan o no acogido voluntariamente al sistema de cesantías retroactivas o al de prestaciones congeladas de liquidación anual, es el supuesto de hecho que impide equiparar en un juicio de igualdad la situación de la actora con la de los otros trabajadores a los que se gira anual y cumplidamente la cesantía al Fondo de tal materia al que estén afiliados. Si fueran iguales los dos grupos de trabajadores perdería la reforma laboral el objeto de su adelantamiento y tornaríase entonces igualmente probable que los trabajadores acogidos a la reglamentación de los decretos 57 y 110 de 1993; 106 de 1994 y 43 de 1995, reclamen por la favorable forma de liquidación que los del régimen anterior aún tienen. Tal posibilidad es evidentemente exótica pues cada uno puede reclamar únicamente lo que el marco legal que eligió voluntariamente le otorga, y dentro de tal elección, la mora en el pago de las cesantías parciales era una contingencia probable, por cuanto siempre se presentó y la tardanza en el pago se consideraba compensada por la favorabilidad financiera de la liquidación."

2. Reiteración. Los actos administrativos que tienen por objeto el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo del Estado no pueden, en ningún momento, desbordar las previsiones

presupuestales, salvo que medie la autorización de que trata el artículo 49 de la Ley 179 de 1994. "[...] Pensar que por encima del orden económico del Estado está 'el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos' es, ni más ni menos, anteponer el interés particular sobre el general, en abierta contradicción con el principio constitucional que pregona todo lo contrario."

3. *Reiteración "[...] no hay duda que por su naturaleza los fallos sobre constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional son de obligatoria observancia, pues producen efectos erga omnes, mas no así los de revisión de tutelas que únicamente producen efectos inter partes."*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos E. Mejía Escobar.*

Radicación No. 4306

Aprobado Acta No. 43

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 30 de enero de 1998, que accedió al amparo del derecho fundamental a la igualdad que se consideró conculcado por parte de esa dependencia estatal, como consecuencia del retraso en el pago de la cesantía parcial de la impugnante.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

La señora Luz Elena Duque de Ramírez, auxiliar de servicios generales grado 4 en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia), presentó acción de tutela en contra del Gobierno Nacional, el Congreso de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a los que acusa de violentar su derecho de petición, a la igualdad y al trabajo por no cancelarle los dineros que le corresponden por concepto de cesantía parcial.

La accionante solicitó el 27 de junio de 1996, la liquidación y pago de las cesantías parciales que le corresponden por los servicios que ha prestado a la Rama Judicial, en la que se ha desempeñado desde 1970.

La Dirección Seccional de Administración Judicial de Antioquia, mediante comunicación del 25 de octubre de 1996, le informa que se le han liquidado cesantías por valor de $13.200.000.oo, y que no hay partida presupuestal para cubrirlas por ahora, pues para esa época el rubro

presupuestal se agotó en la solicitud 1337, y a la accionante le corresponde el turno 1686.

La actora estima que su situación frente a los funcionarios y empleados de la Rama que se acogieron al nuevo régimen prestacional resulta desigual, por cuanto a ellos sí se les paga rápidamente la cesantía parcial, mientras que a ella, y a los demás que se mantuvieron en el marco legal anterior, no, creándose así un trato discriminatorio y desigual.

Recalca la desidia y negligencia del Congreso de la República, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial; al primero por no expedir el Estatuto del Trabajo, que garantice la igualdad de los trabajadores y el pago oportuno de las acreencias laborales; al segundo por no presentar planes de inversión y desarrollo para la Rama Judicial ajustadas a cifras reales; y la última que se escuda en respuestas formales que en la realidad hacen nugatorio el derecho que se le reclama.

Finaliza solicitando que la orden del Juez de tutela le imponga al Gobierno Nacional, al Congreso de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial lo pertinente para que se le reconozca, liquide y pague la suma que por concepto de cesantías parciales solicitó desde 1996, indexada la suma de dinero hasta cuando se haga el pago efectivo.

Fallo de primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia), echando mano de abundantes citas de pronunciamientos de la Corte Constitucional (sentencias C-448 de 1996; T-418 de 1996; T-185 de 1996 y SU-400 de 1996), concede la tutela del derecho fundamental a la igualdad que encontró conculcado en cabeza de la actora y por causa de la omisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en apropiar los recursos necesarios para el pago de las cesantías que reclama la actora.

Como consecuencia de lo anterior ordena a ese Ministerio situar los recursos necesarios, si hubiere apropiación presupuestal; en caso negativo, otorga 48 horas para que esa dependencia gubernamental inicie los trámites pertinentes para lograr la adición presupuestal que se requiera.

La impugnación

El fallo fue impugnado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien se opone a la decisión de tutela por encontrarla contraria a los artículos 345, 346, 347 y 352 de la Constitución Política que se refieren a los gastos, ingresos y erogaciones del Tesoro Nacional, explicando que en todo caso, la incorporación de una partida en el presupuesto de la Nación no sólo debe corresponder a una fuente de gasto público, sino que está

inexorablemente condicionada por la disponibilidad de recursos con que cuente el Estado.

A continuación anota el enorme monto del pasivo estatal por cesantías, que lo tasa en 3.0 billones de pesos, que el Estado intenta atender a pesar de las restricciones fiscales, argumento que concatena con la explicación sobre la naturaleza financiera de las cesantías parciales, de las que indica en términos reales se cancela varias veces una buena porción de lo ya cancelado en una oportunidad, de suerte que los esfuerzos del Estado resultan vanos para ponerse al día con tales obligaciones, lo que ha hecho necesario priorizar las apropiaciones destinadas a otros gastos como los sociales, de seguridad, justicia etcétera.

Finaliza presentando un cuadro estadístico a través del cual demuestra que en 1997 se giraron por cuanta de cesantías parciales a la Rama Judicial un total de $11.849.883.959.oo y solicitando la revocatoria del fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte

1. Le asiste razón al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en cuanto reclama la revocatoria del fallo de tutela que amparó el derecho fundamental a la igualdad de la señora Luz Elena Duque de Ramírez, pues ninguna autoridad pública ha conculcado el artículo 13 de la Constitución Política en cuanto la igualdad de la actora ha de predicarse con sus pares -otros servidores de la Rama Judicial dentro del régimen de cesantías retroactivas- y no con quienes la separan diferencias legales que tornan imposible el juicio de igualdad.

La existencia de diferentes regímenes legales para unos y otros servidores de la Rama Judicial, según se hayan o no acogido voluntariamente al sistema de cesantías retroactivas o al de prestaciones congeladas de liquidación anual, es el supuesto de hecho que impide equiparar en un juicio de igualdad la situación de la actora con la de los otros trabajadores a los que se gira anual y cumplidamente la cesantía al Fondo de tal materia al que estén afiliados. Si fueran iguales los dos grupos de trabajadores perdería la reforma laboral el objeto de su adelantamiento y tornaríase entonces igualmente probable que los trabajadores acogidos a la reglamentación de los Decretos 57 y 110 de 1993; 106 de 1994 y 43 de 1995, reclamen por la favorable forma de liquidación que los del régimen anterior aún tienen. Tal posibilidad es evidentemente exótica pues cada uno puede reclamar únicamente lo que el marco legal que eligió voluntariamente le otorga, y dentro de tal elección, la mora en el pago de las cesantías parciales era una contingencia probable, por cuanto siempre se presentó y la tardanza en el pago se consideraba compensada por la favorabilidad financiera de la liquidación.

Ahora bien, el fallo de tutela también debe ser revocado por desconocer los esfuerzos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la solución del pasivo laboral en la Rama Judicial, suficientemente demostrados con las cifras presentadas en el recurso, sin que pueda pasarse por alto la notoriedad pública de la crisis fiscal de la República, que ha visto contraer sus ingresos fiscales al tiempo que se ha elevado el gasto público en proporciones que amenazan la estabilidad macroeconómica del Estado.

2. Por lo anterior, y habida cuenta de la naturaleza jurídica de las prestaciones que se reclaman y del trámite constitucional y legal que los recursos presupuestarios deben tener, resulta igualmente pertinente traer a colación el siguiente criterio unificado de la Sala, respecto de la problemática que se ha generado por la simultánea petición de cesantías parciales, en cantidades que superan en mucho los rubros anuales que para el efecto se prevén en la Rama Judicial.

"Inicialmente el artículo 86 de la Ley 38 de 1989, Orgánica del Presupuesto General de la Nación, establecía que:

"Ninguna autoridad podrá contraer obligaciones imputables al Presupuesto de Gastos sobre apropiaciones inexistentes o en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, y quienes lo hicieren responderán personalmente de las obligaciones que contraigan".

La Ley 179 de 1994, que modificó parcialmente la anterior, establece en el artículo 49 que el mencionado artículo 86 quedará así:

"Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con el financiados no sean desviados a ningún otro fin...

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis... para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recurso del crédito autorizados...

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asume estas obligaciones".

El artículo 3o. de la Ley 225 de 1995, que también modificó parcialmente las dos anteriores, pero no la norma que se acaba de transcribir, dispone que:

"El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización".

Quiere decir que los actos administrativos que tienen por objeto el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo de Estado no pueden, en ningún momento, desbordar las previsiones presupuestales, salvo que medie la citada autorización, pero únicamente para los fines allí señalados.

Limitación que corresponde al esquema dentro del cual el artículo 345 de la Constitución enmarca el manejo de las rentas y gastos del Estado cuando establece:

"En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos".

Pensar que por encima del orden económico del Estado está "el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos" es, ni más ni menos, anteponer el interés particular sobre el general, en abierta contradicción con el principio constitucional que pregona todo lo contrario. De manera que el funcionario obligado a tramitar una petición que afecta el erario público no puede hacer caso omiso de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional, a menos que haya incompatibilidad entre ésta y la Constitución, evento en el que puede dejar de aplicar la norma contraria a los principios de la Carta Fundamental, pero, como se ha visto, en este caso no se presenta esa situación".

Así mismo se dejó en claro que mientras en el nuevo sistema de cesantías 'al comienzo de cada año el empleador debe depositar en el Fondo de Cesantías que señale el trabajador el monto de las causadas en el año inmediatamente anterior, en el que rige para el accionante permanecen en poder de aquel hasta la terminación de la relación laboral, que es cuando se pagan en forma definitiva y, excepcionalmente, en forma parcial cuando el empleado las solicita para los fines establecidos en la ley. Eventualidad ésta que dificulta al menos presupuestar exacta y anticipadamente cifras destinadas a cubrir todas las erogaciones que se causen por ese concepto'.

En consecuencia, no es factible ordenar, en contra de la Ley de Presupuesto, el pago de cesantías parciales debidamente reconocidas si previamente no se cuenta con la indispensable disponibilidad presupuestal. Tampoco es posible ordenar el pago preferente sobre los demás créditos pendientes por el mismo concepto, pues sería utilizar la excepcional ac-

ción para obtener un tratamiento privilegiado, contrariando de ese modo el fin de la tutela que es la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados y no la concesión de prerrogativas que desconozcan el derecho de quienes estando en igualdad de condiciones se someten a los dictados de la ley.

De otra parte, no hay duda que por su naturaleza los fallos sobre constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional son de obligatoria observancia, pues producen efectos erga omnes, más no así los de revisión de tutelas que únicamente producen efectos *inter partes*."[1]

Es por las anteriores razones que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°. *Revocar* la sentencia de tutela del 30 de enero de 1998, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia) y en su lugar declarar improcedente la acción iniciada por la señora Luz Elena Duque de Ramírez.

2°. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fallo de Tutela de 19 de noviembre de 1996, Radicación No. 2980, Magistrado Ponente: Juan Manuel Torres Fresneda.

LEGITIMACION POR ACTIVA: carece de legitimación quien no es parte en el proceso sobre el cual recae la petición de amparo constitucional / **DEBIDO PROCESO PENAL:** vulnera el derecho la decisión que ordena restablecer el derecho de propiedad sin tener en cuenta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe

1. Reiteración: ningún tercero puede acudir al mecanismo de defensa constitución en solicitud de amparo, por hechos que no afecten sus derechos fundamentales, a menos que se presente como apoderado o representante del agraviado o, aún, como agente oficioso.

No tiene legitimación quien no es propietario del animal que fue objeto de hurto, ni se constituyó como parte en el proceso contravencional seguido contra su cónyuge como sindicado de dicho hecho punible, litigio en el que se profirió la decisión que se pretende modificar me diante tutela.

2. La determinación censurada, esto es, la de reintegrar al dueño, el animal cuyo hurto denunció aquél y ameritó la investigación penal conocida de autos, advierte la Corte que si bien la decisión se funda en el supuesto de hecho previsto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, alusivo a que las autoridades judiciales deberán, cuando fuere posible, adoptar las medidas tendientes a que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible, no es menos cierto que el fallador al aplicarla, se desentendió en un todo, de un presupuesto indispensable para que pudiera deducirse el efecto querido por el legislador, cual es el que fuere posible el restablecimiento del derecho quebrantado con el ilícito, ya que al no haber sido encontrado el animal en poder del autor del hecho ilícito, sino de un tercero al que lo transfirió en compraventa y, quien, a su vez, lo regaló a sus menores hijos, aquí accionantes, tal requisito no se estructura.

En efecto, en la decisión cuestionada, olvidó el a quo no sólo el contenido del artículo 1871 del Código Civil, sino también que la buena fe se presume mientras la mala fe debe probarse (artículo 769 ibídem), la que no se le demostró al comprador del perro, a tanto que se

ordenó cesar todo procedimiento en su contra por no haber cometido hecho punible alguno.

Luego, quien de buena fe contrata con el seudo adquirente está protegido por las normas precitadas, principio que representa un límite de importancia tal, que ha de tenerse siempre en cuenta por las autoridades judiciales, incluso cuando ordenan el restablecimiento del derecho previsto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, pues mientras subsista una apariencia fundada en lo que respecta a la titularidad del derecho de dominio, la transferencia que de éste se haga debe tenerse por válida para todos los efectos, aunque después dicha titularidad se demerite o se torne ineficaz.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria - Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Antonio Castillo Rugeles.*

Referencia: Expediente No. 4826

Decídese la impugnación interpuesta contra el fallo de 6 de febrero del año que avanza, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante el cual se denegó la acción de tutela instaurada por Olga Esperanza Jaimes Jauregui, en frente de los Juzgados Primero Penal Municipal y Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES

1. Actuando en nombre propio y en el de sus menores hijos Luis Humberto y Daniel Fernando Hernández Jaimes, la accionante invoca la protección constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y, por ende, al de defensa, supuestamente vulnerados por los órganos judiciales accionados.

Para tal fin pide que se deje sin efecto el numeral 3° de la providencia de 22 de diciembre de 1997, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga, en el proceso contravencional seguido contra Luis Humberto Hernández Rodríguez, su esposo y padre de los menores en cuyo nombre promueve la acción.

2. La petición referida la funda, en síntesis, en los siguientes hechos:

"2.1 Su cónyuge, denunciado por el hurto de un perro de raza Pincher, y al rendir la indagatoria afirmó que lo había comprado a alguien para regalarlo a sus hijos.

2.2 Adelantada la correspondiente investigación, el juzgado del conocimiento, esto es, el 1° Penal Municipal, pronunció el fallo respectivo,

declarando que el sindicado no había cometido hecho punible alguno ordenando, de consiguiente, la cesación de todo procedimiento en su contra. Además, dispuso la entrega del animal a Edwin Durán Correa, en su condición de propietario del mismo.

Apelada dicha providencia, a efectos de que se revocara en lo atinente a la entrega del can, fue confirmada por el Juzgado 3° Penal del Circuito, en todas sus partes.

2.3 La decisión de entrega del semoviente canino, es violatoria del derecho al debido proceso y defensa, tanto de su cónyuge como de sus menores hijos, dado que se le dio efectos civiles, lo cual afecta el derecho de propiedad al igual que la posesión que sobre el mismo tienen sus hijos, al no haber sido éstos parte en el proceso.

La sentencia del Tribunal

La decisión denegatoria de la tutela estuvo precedida de la reseña de los Antecedentes del asunto y de los razonamientos que a continuación se compendian:

Los derechos cuyo amparo se pretende tienen el rango de fundamentales y se consagran en los arts. 13 y 29 de la Carta Política. Empero, respecto del de la igualdad, no puede predicarse su vulneración en relación con los menores accionantes, por no haber comparecido al proceso. En efecto, a este sólo fue vinculado Luis Humberto Hernández, quien estuvo asistido por abogado e hizo uso de la oportunidad para pedir pruebas, obteniendo su práctica. Si bien, la petente no allegó copia completa del informativo penal, se observa del folio 23 del expediente, que la juez del conocimiento ordenó la práctica del testimonio de Olga María Rodríguez, solicitado por el inculpado, con lo cual se desvirtúa la afirmación de que se hubiera negado a aquél la oportunidad para pedir pruebas.

En lo atinente a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, hace dicho por la jurisprudencia constitucional que ello sólo acontece cuando la actuación del funcionario carece de fundamento objetivo, es decir, obedece a su sola voluntad o capricho y trasciende los derechos fundamentales.

Tal derecho, sin embargo, no fue transgredido por los jueces contra los que se dirige la tutela, pues la decisión por ellos adoptada se contempla en el artículo 14 del C. de P. P., norma que dispone: "Restablecimiento del derecho. Cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados".

Con fundamento en tal precepto, agrega, doctrinantes como Martínez Rave exponen que ahora no es necesario esperar a que el proceso penal

termine para poder iniciar las acciones civiles encaminadas a lograr el restablecimiento del derecho, puesto que el funcionario penal puede tomar las determinaciones civiles que sean requeridas para lograrlo. Incluso, la víctima, sin necesidad de constituirse en parte civil, puede hacer solicitudes concretas al funcionario y aportar pruebas en relación con las medidas que pretende, de conformidad con el artículo 28 del mismo ordenamiento.

En consecuencia, no es pertinente afirmar que la citada decisión obedeció al capricho de los juzgadores, puesto que la misma se halla debidamente sustentada y los razonamientos por aquéllos expuestos se ajustan a las pruebas recaudadas y no riñen con la lógica o con la realidad.

Además, existe otra vía judicial mediante la cual podrán los menores o quien se considere dueño del animal, reclamarlo para sí o pedir, si fuere el caso, que se le reintegre lo que tuvo que pagar por su mantenimiento.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Sostiene la accionante, en orden a que se revoque el fallo del *a quo*, que en el asunto analizado concurren los presupuestos propios de la vía de hecho judicial, por cuanto la ley penal no le permite al funcionario adentrarse en el ámbito de la jurisdicción civil para proferir un fallo de contenido reivindicatorio en favor del denunciante.

Del mismo modo, que la falladora de primera instancia consignó expresamente en la audiencia de juzgamiento, que proferiría fallo en conciencia, lo cual permite concluir que no se cumplió con la objetividad legal, pues al no haber cometido su cónyuge hecho punible alguno, mal puede afectarse su derecho y el de sus menores hijos, ordenándose la entrega del animal hurtado, el cual adquirió aquél por compraventa, para regalarlo a sus dos descendientes.

Luego, concluye, es claro que el funcionario acusado no tenía competencia para entregar el perro al denunciante, máxime cuando la querella formulada no daba para adelantar la investigación por hurto agravado, ya que su promotor sólo se refería al extravío de dicho animal.

CONSIDERACIONES

1. Múltiples han sido los fallos de tutela en los que se ha sostenido que esta acción es un mecanismo excepcional, de carácter subsidiario y no paralelo a otras instancias judiciales, al que toda persona puede acudir en procura de protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos hayan sido objeto de vulneración o amenaza de violación por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares, en los casos expresamente previstos por el legislador. Así se consagró perentoriamente en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991, que le dio desarrollo legal.

2. Para la procedencia del amparo constitucional se exige, entonces, que un derecho constitucional fundamental se encuentre actualmente vulnerado o amenazado de violación y que, por supuesto, sea el agraviado el que por sí o por medio de representante, solicite el amparo. La razón de ser de estas exigencias estriba en que la finalidad primordial del mecanismo de defensa constitucional, es la de garantizar a esa persona y sólo a ella, el goce pleno de su derecho y, cuando fuere posible, restablecerlo al estado anterior a la amenaza o violación.

Significa lo anterior que ningún tercero puede acudir al mecanismo de defensa constitucional en solicitud de amparo, por hechos que no afecten sus derechos fundamentales, a menos que se presente como apoderado o representante del agraviado o, aún, como agente oficioso. Si de apoderado judicial se trata, es indispensable presentar el poder; pero si la intervención acaece como agente oficioso, deberá manifestarse expresamente en la solicitud que el titular de los derechos constitucionales fundamentales no se encuentra en condiciones de ejercer su propia defensa.

De la misma manera se ha reiterado que tal acción ha sido consagrada como mecanismo subsidiario o residual, es decir, que operará cuando para el fin indicado no exista en el ordenamiento jurídico, con efectividad igual o superior, un medio de defensa judicial distinto, a menos que el afectado se encuentre ante el peligro inminente de un perjuicio irremediable, pues en tal evento y sólo en él, la urgencia de amparar los derechos fundamentales impone la intervención judicial inmediata, aunque transitoria, habida consideración que la decisión del juez ordinario podría ser tardía ante una situación grave ya creada.

Sobre el señalado aspecto de la subsidiaridad del amparo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que la acción de tutela no se estableció para alterar las reglas que fijan los distintos ámbitos de competencia de los jueces, ni para originar instancias adicionales a las existentes, menos para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales, u otorgar a los litigantes la opción de rescatar causas perdidas, sino que tiene como único y exclusivo propósito, el de proporcionar a las personas, protección concreta e inmediata que les asegure el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta les reconoce.

3. Descendiendo al caso traído a decisión de la Corte, resulta patente que la accionante Olga Esperanza Jaimes Jáuregui, no tiene legitimación para promover a su nombre la acción de que se trata, pues ningún derecho le asiste sobre el ran que fue objeto de hurto, ni se constituyó en parte en el proceso contravencional seguido contra su cónyuge como sindicado de dicho hecho punible.

4. Ahora bien, en relación con los derechos fundamentales de los menores hijos que representa, a su entender conculcados, es preciso recal-

car, como en su oportunidad lo hiciera el a quo que, hoy por hoy, la tutela contra providencias judiciales procede excepcionalmente en la medida que éstas conlleven una vía de hecho con incidencia en los derechos fundamentales del afectado con la decisión, es decir, cuando en aquélla se haya hecho primar, no el imperio de la ley sino el solo capricho o arbitrariedad del fallador. Ello porque la norma que permitía indiscriminadamente la formulación del amparo contra providencias judiciales (artículo 40, Decreto 2591/91), fue declarado inexequible por la Corte Constitucional (Sent. Oct. 1°/92).

Examinada bajo esa óptica la determinación censurada, esto es, la de reintegrar a Edwin Durán Correa, en su condición de dueño, el can cuyo hurto denunció aquél y ameritó la investigación penal conocida de autos, advierte la Corte que si bien la decisión se funda en el supuesto de hecho previsto en el artículo 14 del C. de P. P., alusivo a que las autoridades judiciales deberán, cuando fuere posible, adoptar las medidas tendientes a que "cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados", no es menos cierto que el fallador al aplicarla, se desentendió, en un todo, de un presupuesto indispensable para que pudiera deducirse el efecto querido por el legislador, cual es el de que fuere posible el restablecimiento del derecho quebrantado con el ilícito (en este caso el de propiedad del denunciante sobre el animal sustraído), ya que al no haber sido encontrado éste en poder del autor del hecho ilícito, sino de un tercero al que lo transfirió en compraventa y, quien, a su vez, lo regaló a sus menores hijos, aquí accionantes, tal requisito no se estructura.

En efecto, en la decisión cuestionada, olvidó el *a quo* no sólo el contenido del artículo 1871 del Código Civil, sino también que la buena fe se presume mientras la mala fe debe probarse (artículo 769 ibidem), la que no se le demostró al comprador del can, a tanto que se ordenó cesar todo procedimiento en su contra por no haber cometido hecho punible alguno.

Luego, quien de buena fe contrata con el seudo adquirente está protegido por las normas predichas, principio que representa un límite de importancia tal, que ha de tenerse siempre en cuenta por las autoridades judiciales, incluso cuando ordenan el restablecimiento del derecho previsto en el artículo 14 del C. de P. P., pues mientras subsista una apariencia fundada en lo que respecta a la titularidad del derecho de dominio, la transferencia que de éste se haga debe tenerse por válida para todos los efectos, aunque después dicha titularidad se demerite o se torne ineficaz (Sent. julio 23 de 1996, C. S. de J., Sala de Casación Civil y Agraria).

Valga recordar que para transferir la propiedad de cosas muebles se requiere de la entrega, la cual puede revestir las formas consagradas en el artículo 754 del C.C., entre ellas la denominada "Real", consistente en que el tradente coloca el bien en poder del adquirente "permitiéndole la

aprehensión material" (num. 1), que fue precisamente la utilizada en el caso de autos.

En todo caso, si el tradente es poseedor irregular de la cosa y el adquirente es de buena fe, éste obtiene una posesión regular, a tanto que si aquél logra con posterioridad el dominio de la misma, se entiende que este ha tenido efecto desde la fecha de la entrega (arts. 752 y 753 ibidem).

5. Así las cosas, la decisión censurada a los juzgadores accionados, resulta abiertamente violatoria de la preceptiva de los arts. 769 y 1871 del C.C., 14 del C. de P. P. y 83 de la Carta Política, y conculca el derecho fundamental al debido proceso de los menores en cuyo favor se promueve la tutela, al despojárseles del can sin haber sido oídos y vencidos en juicio, por lo cual el fallo impugnado habrá de revocarse y, en su lugar, concederse el amparo constitucional solicitado en favor de dichos menores, sin perjuicio, claro está, de que la persona a quien le fue sustraído el animal, haga valer sus derechos ante el juez ordinario competente.

En consecuencia, se ordenará al Juez Primero Penal Municipal de Bucaramanga, que en el término de 48 horas tome las medidas necesarias en orden a reintegrar el can a Luis Humberto y Daniel Fernando Hernández Jaimes.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *reforma* la sentencia de fecha, contenido y procedencia puntualizados en la motivación, en el siguiente sentido:

Confirma la decisión denegatoria de la tutela formulada por Olga Esperanza Jaimes Jáuregui, en su propio nombre; y la *revoca* en cuanto la negó en favor de los menores Luis Humberto y Daniel Fernando Hernández Jaimes, y, en su lugar, se otorga a aquéllos dicho amparo.

En cumplimiento de lo así dispuesto, se ordena al Juez Primero Penal Municipal de Bucaramanga que, en el término de 48 horas, tome las medidas necesarias para la restitución del can a los prenombrados menores.

Comuníquese telegráficamente lo acá resuelto a los interesados y oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Jorge Santos Ballesteros, Nicolás Bechara Simancas, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: la falta de citación a la autoridad contra quien finalmente se concede la tutela constituye una irregularidad generadora de nulidad

Hay nulidad de la actuación cuando no se cita al funcionario contra quien se profiere fallo concediendo el amparo. Si bien la informalidad propia de la tutela no obliga al juez a proferir auto avocando el conocimiento de la acción, debe enterar a los servidores públicos o a los particulares que puedan ser objeto de la sentencia sobre la demanda instaurada a fin de garantizar su derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Radicación No. 4384

Aprobado Acta No. 55

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el ciudadano Wasington Mouthon Madero, contra el fallo de tutela proferido el 26 de febrero del año en curso por el Tribunal Superior de Cartagena, por medio del cual se tuteló en su favor el derecho al debido proceso, por considerar que el Juzgado 2° Penal del Circuito de Cartagena, lo estaba vulnerando.

LA ACCIÓN

Actuando en nombre propio, solicita el accionante el amparo a los derechos constitucionales consagrados en los artículos 28 y 29 de la Carta Magna porque en la actualidad se encuentra detenido en la cárcel de Ternera "por haber hecho un negocio con el señor Edicardo Agudelo Ramírez, el día 20 de julio de 1996, y haberle entregado en GARANTIA el cheque No. 2022437, por valor de $7.640.000, fechado el 22 de agosto de 1996", desconociéndose que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código Penal no da lugar a acción penal, pues de la posfecha del título valor da cuenta en el expediente el propio denunciante y por ello, considera se le está vulnerando su derecho a la libertad, pues

tal hecho no da lugar a que desde hace más de ocho meses se le mantenga privado de la libertad.

Denuncia también la vulneración al debido proceso, por cuanto, de acuerdo a lo normado en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, su defensor ha solicitado en varias oportunidades la cesación de procedimiento sin que se haya proferido pronunciamiento al respecto, puesto que "la señora Juez, verbalmente le comunicó al Secretario que no le pasara el expediente al Despacho, hasta que se dicte el auto de que trata el artículo 446 del C.P.P., y se venciera el término de traslado allí señalado".

Solicita en consecuencia, se ordene su libertad inmediata y se le ordene a la Juez accionada darle aplicación al artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

El Fallo

A partir de un análisis sobre el contenido y alcance del derecho al debido proceso según las previsiones de la doctrina de la Corte Constitucional, estimó el Tribunal que en el presente asunto se había incurrido en una vulneración al mismo al no darle trámite a la petición de cesación de procedimiento presentada desde el 13 de enero del año en curso por el defensor del accionante, pues motu proprio el Secretario del Juzgado accionado decidió no pasarla al Despacho de la Juez hasta que no se corriera íntegramente el término de traslado de que trata el artículo 446 del C.P.P.

En efecto, precisa el a quo que habiéndole correspondido por reparto el proceso seguido en contra del accionante por los delitos de falsedad y estafa, el 16 de octubre de 1997 al Juzgado 2° Penal del Circuito de Cartagena, no se procedió a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 446 ibidem en el sentido de dejar la respectiva constancia secretarial sobre el inicio del traslado a los sujetos procesales para preparar la audiencia y solicitar nulidades, pues el 20 del mismo mes y año el defensor de Mouthon Madero presentó un memorial solicitando su libertad y una nulidad por incompetencia del funcionario calificador, el cual fue pasado al Despacho de la Juez "primero porque no se había puesto a correr el término de traslado y segundo porque aunque este estuviera corriendo se trataba de una petición urgente que conforme lo dispone el artículo 454 del C.P.P., es de aquellas que no pueden ser diferida para el momento de dictar sentencia".

Sin embargo, agrega el Tribunal, cuando se presentó la petición de cesación de procedimiento (13 de enero de 1998), la Secretaría tampoco había dejado la constancia sobre el inicio del referido traslado, por cuanto se estaban surtiendo las notificaciones sobre la petición de libertad y nulidad y no obstante, el Secretario decidió, respecto de ésta, no pasarla al

Despacho hasta tanto no se venciera el término aludido en el artículo 146 idem, siendo que al mismo solo se le dio inicio una vez desatados los recursos interpuestos contra la decisión que resolvió la primera de las peticiones mencionadas.

Lo anterior, concluye el Tribunal, contraviene lo dispuesto en el artículo 454 del C.P.P. en cuanto que la determinación a diferir debe tomarla el Juez por medio de auto de sustanciación contra el cual procede recurso de reposición y el 120 del C.P.C., en tanto que prevé que cuando la petición requiera trámite urgente el Secretario debe proceder previa consulta con el Juez y dejando la constancia correspondiente.

Por ello y haciendo claridad en que con la decisión a tomar no puede imponerle determinaciones al Juez Penal ni mucho menos resolver el asunto de fondo, amparó el derecho al debido proceso del accionante, ordenándole al "Señor Carlos Pereira Martínez, Secretario del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, que en el término de 48 horas, contados a partir de la fecha de notificación del fallo actúe respecto del memorial presentado por el defensor del procesado el 13 de enero de 1988 en donde solicita el cese de procedimiento en favor de Wasington Monthon Madero, en la forma en que lo dispone la parte final del inciso tercero del artículo 120 del C. de P.C., ésto es consultando verbalmente con la Juez sobre la necesidad o no de pasar el memorial al Despacho y proceder luego, según el resultado de la consulta, de lo cual deberá dejar constancia en el expediente" y lo previno para que en el futuro no incurra en la misma omisión.

La impugnación

Por considerar que el Tribunal no se refirió al derecho a la libertad cuyo amparo también reclama, el accionante impugnó el anterior fallo para que se decida lo que corresponda.

Consideraciones

1°. Uno de los principios que rige la acción de tutela es el de la publicidad que involucra tanto la notificación al accionado de la iniciación de esta acción constitucional en su contra como la del fallo que al respecto se profiera, como que constituye uno de los medios por los cuales se permite a la persona, servidor público o particular, oponerse y presentar argumentos jurídicos, aportando pruebas y controvirtiendo las existentes, esto es, defenderse de la acusación que en su contra se hace de vulnerar o amenazar un derecho fundamental.

2°. Sobre este tema es abundante la doctrina de la Corte Constitucional, en el sentido de precisar que si bien la informalidad propia de la tutela no obliga al Juez a proferir auto avocando el conocimiento de la acción, ello no puede servir de pretexto para no determinar previamente,

de acuerdo al supuesto fáctico planteado por el accionante y la enumeración de los servidores públicos o particulares que atentan contra sus derechos fundamentales, quiénes realmente pueden ser objeto del fallo, debiéndose entonces proceder a enterarlos de la demanda en su contra, pues de lo contrario, no estarían vinculados al trámite de dicha acción, falta que de ningún modo puede tenerse como intrascendente, pues de ello depende que el accionado pueda intervenir en su defensa.

3°. Siendo ello así, debe precisarse que en el caso objeto de estudio, si bien la acción de tutela fue presentada concreta y directamente contra la Dra. Inés Fernández de Osorio, Juez Segundo Penal del Circuito de Cartagena a quien efectivamente, mediante oficio No. 157 del 13 de febrero del año en curso se le enteró de la iniciación de la tutela instaurada en su contra por el ciudadano Wasignton Mouthon, sin que hubiese alegado nada en su favor, el fallo se profirió finalmente en contra de Carlos Pereira Martínez, Secretario de dicho Juzgado, quien no fue vinculado como sujeto procesal, esto es, contra una persona que no tuvo oportunidad de intervenir en su defensa, pues solamente se le notificó el fallo de primera instancia que contenía una orden en su contra.

4°. Así las cosas y siendo que la protección de los derechos del accionante no puede darse con la vulneración de los del accionado, la Corte declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto que avocó el conocimiento a fin de que se le brinde al Secretario del Juzgado 2° Penal del Circuito de Cartagena, la oportunidad de intervenir en su defensa frente a la vulneración de derechos fundamentales denunciada por el accionante, debiéndose aclarar que esta determinación no afecta la validez de las pruebas recaudadas.

RESUELVE:

1°. *Declarar la nulidad* de lo actuado a partir del auto proferido el 13 de febrero del año en curso, por el tribunal Superior de Cartagena, por medio del cual se avocó el conocimiento de la presente tutela.

2°. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: para establecer la vulneración del derecho se requiere demostrar la relación causa a efecto entre la irregularidad procesal y el desconocimiento o merma de las garantías a derechos sustanciales de la persona

"[...] no basta la notoria irregularidad que bien pudo haber pululado al interior del respectivo trámite, si ello no se traduce objetivamente en la relación causa a efecto en la que por razón y único motivo del desconocimiento o merma de las garantías signadas constitucionalmente se afectaron derechos sustanciales de la persona. Esto es, la transgresión del debido proceso no corresponde simplemente a la errónea o incompleta aplicación de una o varias normas, sino a la cabal demostración de cualquiera de las citadas hipótesis por cuyo ducto se promocionó el deterioro de la garantía procesal con inmediata intromisión en el derecho sustancial. [...]

Por consiguiente, aún resultando innegable un rompimiento a la forma procesal, no todas las veces habrá de configurarse una pedida nulidad del trámite o la operativa de la tutela como acción excepcional. [...]".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., abril veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego*.

Radicación No. 4392

Aprobado Acta No. 60

VISTOS

La Corte se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los ciudadanos Elías y Rodolfo Naranjo Sedano en contra del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, fechado el 16 de marzo de este año, en el que negó la tutela de los derechos fundamentales del debido proceso y el derecho a la defensa supuestamente transgredidos en el trámite penal adelantado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Junín (Cundinamarca).

ANTECEDENTES

El Juzgado Promiscuo Municipal de Junín, en proceso pautado conforme a las previsiones de la Ley 228 de 1995, el 22 de octubre de 1997 dictó sentencia condenatoria en contra de Jairo Martínez Niño, Rodolfo Naranjo Sedano y Elías Naranjo Sedano como autores responsables del delito de hurto agravado, imponiéndoles a cada uno la pena principal de 15 meses de arresto.

Providencia que revistió ejecutoria en primera instancia al no ser apelada.

CONTENIDO DE LA ACCIÓN

La vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa con que el accionante basa su petición de amparo consiste en "que no se dio cumplimiento al régimen aplicable a las contravenciones especiales de acuerdo a lo normado en la Ley 228 de 1995".

Al efecto sostiene que en ningún momento al capturado Jairo Niño Martínez se le celebró la diligencia de que trata el artículo 18 de la citada ley por lo que todos los fines perseguidos con aquella dejaron de cumplirse como el de escuchar al sujeto, explicarle los cargos, decidir sobre la petición de pruebas etc.; más "El hecho que posteriormente haya sido escuchado en versión por un procedimiento diferente al oral consagrado en la Ley 228 de 1995 no subsana dicha violación sino que la ahonda".

En relación con Elías y Rodolfo Naranjo Sedano apunta, no corrieron con mejor suerte pues "no se les hizo la audiencia preliminar que, en caso de querella" ordenaba la Ley en el artículo 23 vulnerándoseles sus derechos al debido proceso y a la defensa ya que "...no tuvieron la oportunidad de solicitar ni pedir prueba alguna para su defensa, según lo establecido en el procedimiento oral, ni se les explicó los cargos de acuerdo a la citada disposición".

Anota que si en gracia de discusión se aceptase el adelantamiento del procedimiento ordinario en el asunto, tampoco de él desprende la protección de las garantías fundamentales dada la inexistencia de cierre de la investigación, traslado para presentar alegatos y apertura de juicio a pruebas.

Llama la atención sobre el desarrollo de la audiencia de juzgamiento en diferentes sesiones sin la presencia de defensores, hasta la realizada el 15 de octubre de 1997 donde apenas el togado defendió a Jairo Martínez dejando de costado a los otros procesados.

El fallo del Tribunal

Antes de pronunciarse de fondo el fallador de primer grado acreditó el porqué de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 no era menester referirse al procesado Jairo Martínez Niño.

Para considerar la improcedencia de la acción acepta que el rito establecido seguido a Elías y Rodolfo Naranjo Sedano no se cumplió en lo atinente a la recepción de la versión dentro de la audiencia preliminar pero en lo demás no se encuentra desprotección constitucional de los procesados como que fueron ordenadas pruebas, las no evacuadas por culpa de ellos al dejar de suministrar datos sobre la localización de los testigos, y en todo caso si la comparecencia de los defensores a la audiencia de juzgamiento se produjo en la última sesión, ello obedeció a su propia decisión así como también a la de no impugnar el fallo.

Con este semblante aduce "no basta el desconocimiento del trámite para concluir que se incurrió en una vía de hecho..." sino demostrar cómo en forma grosera se vulneró el derecho a la defensa material y técnica, a la facultad de pedir y aportar pruebas o se imposibilitó la interposición de recursos.

Circunstancias no vistas en el proceso porque el defensor pudiendo omitió impugnar el fallo, los inculpados estuvieron representados desde el momento en que rindieron versión de descargos y si el defensor en su intervención parecía solo pedir la absolución en beneficio de Jairo Martínez, del contexto de su súplica se extrae que lo hizo para todos.

Hace hincapié en la no necesaria presencia de los acriminados en la audiencia de juzgamiento y a partir de allí ratifica "Es cierto que no se cumplió el principio de la oralidad en el trámite inicial del asunto, pero se respetó en la fase final de ésta audiencia que, fué (sic), en últimas, donde se concretó el debate probatorio y las intervenciones de las partes, sin límite alguno en relación con el tema controvertido."

De esta manera anuncia del caso la producción de una sentencia fruto del análisis crítico de las pruebas, distante del reflejo de una voluntad caprichosa del funcionario, que por lo demás no puede ser atacada por medio de tutela cuando el nuevo procurador "después de haber fracasado su intento por derribar el fallo por la vía de nulidad" ahora se proyecte en la búsqueda de una inexistente tercera instancia.

La impugnación

En el escrito de disenso, el accionante se ratifica de los argumentos esgrimidos al promover la acción adicionando que si el Tribunal aceptó las desviaciones en el trámite, resulta menos que ilógico que aquella si-

tuación hubiera sido atacada al interior de la causa cuando no se realizaron las respectivas audiencias.

Resalta que la acción instaurada nada tiene que ver con la carencia de impugnación sobre el fallo sino con la audiencia de juzgamiento en su integridad y con la falta de defensa en detrimento de los Naranjo Sedano.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Esta Colegiatura en ejercicio de la función judicial encomendada constitucionalmente ha abierto camino jurisprudencial acerca de que para que pueda aceptarse desconocido el artículo 29 de la Carta en cualquier trámite judicial o administrativo- es indispensable que se advierta en el iter procesal una indiscutible y real conculcación de las garantías, producto de la violación a la normatividad aplicable al juicio.

Por eso, no basta la notoria irregularidad que bien pudo haber pululado al interior del respectivo trámite, si ello no se traduce objetivamente en la relación causa a efecto en la que por razón y único motivo del desconocimiento o merma de las garantías signadas constitucionalmente se afectaron derechos sustanciales de la persona. Esto es, la transgresión del debido proceso no corresponde simplemente a la errónea o incompleta aplicación de una o varias normas, sino a la cabal demostración de cualquiera de las citadas hipótesis por cuyo ducto se promocionó el deterioro de la garantía procesal con inmediata intromisión en el derecho sustancial.

Perspectiva denotativa del porqué las formas, los ritos o los lineamientos si bien muestran un esquema lógico y coherente al servicio del proceso, no significa que deban a ojo cerrado rendírseles culto sino que su justificación encuentra sentido siempre y cuando se les pueda mirar como protectores de los derechos materiales en tanto que no tendrían razón de ser, de no conocerse su finalidad.

Por consiguiente, aún resultando innegable un rompimiento a la forma procesal, no todas las veces habrá de configurarse una pedida nulidad del trámite o la operativa de la tutela como acción excepcional.

En el punto ha sostenido la Corte Constitucional:

"En ese orden de ideas, no puede admitirse que toda actuación judicial que se aparta de lo contemplado en una previsión legal resulte *per se* violatoria del debido proceso, ya que puede no tener significado real ni incidencia de ninguna clase de garantías de las personas interesadas en el proceso ni en la definición de sus derechos. La falta o la falla procesal no tiene en tal hipótesis relevancia constitucional alguna." (Sentencia T-179 del 30 de abril de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En esta medida, en todos aquellos casos en los que se acude a la tutela para so pretexto del irrespeto de algunas de las formalidades pre-

vistas en un trámite reclamar el amparo por supuestas violaciones de garantías cuando de por medio existe una sentencia debidamente ejecutoriada, la maniobra del accionante no puede ser considerada sino como una velada manera de restarle el carácter de *res judicata* a la decisión, situación incompatible a los fines de la acción excepcional.

Bien se sabe, las interpretaciones de las normas y las decisiones tomadas al seno de los trámites de parte de los jueces naturales forman parte del compendio de su autonomía, por lo que el juez de tutela no puede terciar situaciones fulgurantes de una tercera instancia y menos de desconocedoras de la independencia que asiste a aquellos de conformidad con el texto constitucional en los artículos 228 y 230.

En el *sub lite* existe una sentencia debidamente ejecutoriada contra la cual si en su momento no se hizo uso de los recursos, ello lo único que permite ver es que se puso fin al respectivo proceso sin que ahora pueda volverse a él y menos cuando el demandante calca en la acción excepcional los argumentos que otrora no le sirvieron para alcanzar una declaratoria de nulidad deprecada ante el juez natural.

Con lo anotado, despréndese entonces que el accionante bajo el auspicio de una falta de desarrollo de la audiencia preliminar señalada en ella artículo 21 de la Ley 228 de 1995 intuye la violación del debido proceso y del derecho a la defensa, pero olvida que al interior del proceso los justiciables contaron con todas las alternativas a su alcance y la protección de las garantías relacionadas en el artículo 29 de la Constitución; si bien no fueron aprovechados por ejemplo los recursos a disponibilidad contra el fallo, ello es algo ajeno a la puesta en evidencia que realmente se trastocaron derechos sustanciales de los afectados con la decisión como para considerar existente en el rito una vía de hecho.

Más distante de la naturaleza de la tutela es que se pretenda un reexamen de situaciones que tuvieron vida propia dentro del trámite.

Las anteriores reflexiones llevan a la Sala a considerar necesaria la confirmación del fallo impugnado.

Por 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. *Confírmar* la sentencia del 16 de marzo de este año, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca - Sala Penal - desestimó las pretensiones de la acción de tutela incoada por los hermanos Elías y Rodolfo Naranjo contra el Juzgado Promiscuo Municipal de Junín (Cundinamarca) a través de apoderado.

2. *Notificar* esta decisión en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. *Remitir* el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, ejecutoriada esta sentencia.

Cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (sin firma), *Juan Manuel Torres Fresneda* .

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE DEFENSA: el juez no puede rehusar el reconocimiento de personería al abogado que reemplazado por practicar maniobras dilatorias, retoma el poder

En el fallo de casación del octubre 1° de 1996 Rad. 11264 Ponente Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda "la Sala sostuvo que frente a maniobras dilatorias el juez puede reemplazar al abogado de confianza por uno de oficio con el fin de dar inicio a la audiencia pública (o si se da el caso a una sesión de ella o parte de la actuación), sin que proceder de esta manera atente contra garantías fundamentales. Lo anterior no quiere decir que si el defensor de confianza retoma la gestión en forma debida, pueda el funcionario rehusarla, sin perjuicio de que asuma los correctivos pertinentes, al interior del proceso o compulsando hacia el despacho competente las copias a que hubiere lugar".

"[...] si bien el funcionario accionado desplazó al defensor de confianza designado por el procesado [...] señalando el incumplimiento en la gestión encomendada y no aceptó el posterior poder, la situación ya aparece consumada, lo cual igualmente hace improcedente la tutela (Decreto 2591 de 1991, artículo 6 num. 4), en tanto el incriminado designó a la doctora [...] como su nueva apoderada. No obstante, como ya se vio, la abogada [...] renunció al poder, de manera que si la voluntad del implicado aún se inclina por el actor y le restablece el mandato correspondiente, nada se opone a su reconocimiento, claro está con el serio compromiso que implica el ejercicio leal de la defensa técnica y las sanciones en caso de incumplimiento."

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo cinco (5) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Radicación No. 4411

Aprobado Acta No. 64

ASUNTO

Por impugnación interpuesta por el accionante Guillermo A. Quintero Montes, conoce la Corte del fallo de 10 de marzo del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Penal, denegó la tutela promovida por el actor, en protección a su derecho fundamental al trabajo y al derecho de defensa de Riquelio Arias Arias, presuntamente conculcados por actuaciones del Juez 3° Penal del Circuito de aquella ciudad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El Juzgado 3° Penal del Circuito de Cartagena adelanta proceso contra Riquelio Arias Arias y otros, por los delitos de peculado y otros, asunto en el cual la fecha para iniciar audiencia pública viene siendo fijada desde el 5 de octubre de 1995, pero no ha sido posible realizarla por diversos factores.

El acusado Arias Arias designó como defensor de confianza al doctor Guillermo A. Quintero Montes, profesional del derecho que se retiró del Juzgado el 16 de junio y no se presentó el 4 de septiembre de 1997, fechas en las cuales fue fijada la audiencia, motivo por el cual por auto de 11 de septiembre siguiente el funcionario de conocimiento dispuso nombrar como defensor de oficio de éste y otros implicados al doctor Alvaro Pájaro Guardo (fol. 64).

En escrito presentado el 23 de octubre de 1997, el doctor Quintero Montes pidió al Juez 3° Penal del Circuito "reconsiderar su decisión de fecha 11 de septiembre de 1997", y "ratifique mi calidad de defensor del Sr. Arias Arias", toda vez que frente a sus dos ausencias, "NO FUE EL UNICO" (fol. 78), petición que no fue estudiada, pues el funcionario accionado en proveído de 30 de octubre sostuvo que el peticionario no es "sujeto procesal dentro del presente asunto" (fols. 79 y 80).

El 10 de noviembre de 1997 el doctor Quintero Montes presentó poder otorgado por Riquelio Arias Arias para que lo asista como defensor, reconocimiento que no obtuvo, toda vez que por auto de 12 de noviembre siguiente el Juez respondió que por las razones sostenidas en providencia anterior "y con fundamento en el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia" (Sent. Cas. 11264, oct. 1°/96. M.P. Doctor Jorge Córdoba Poveda), el abogado Quintero Montes fue desplazado, y por tanto mantuvo la designación del defensor de oficio, doctor Pájaro Guardo (fol. 82).

Por auto de 31 de enero del año en curso, se reconoció a la doctora Rosiris Banda Redondo como defensora de Arias Arias con sustento en mandato otorgado por éste (fol. 84), poder al cual la doctora Banda Redondo renunció el 2 de marzo, y como quiera que venció el término de 5

días que con base en lo previsto por el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil le fue otorgado para que designara nuevo defensor, por auto de 15 de abril se nombró de oficio al doctor Aldo Oviedo Martínez (fol. 4 cd. Corte).

El abogado Quintero Montes acude a la acción de tutela contra el Juez 3° Penal del Circuito de Cartagena, pues estima que al desplazarlo en la forma como lo hizo atentó contra su derecho al trabajo, y de paso conculcó el de defensa de Arias Arias, motivo por el cual pide se ordene a dicho funcionario "aceptarme como defensor del procesado Riquelio Arias Arias" (fol. 1).

El fallo impugnado

Aceptado impedimento de uno de sus integrantes, y conformada la Sala de Decisión con un conjuez, el Tribunal Superior negó la tutela pedida. Para adoptar esta determinación, estimó el a quo que obró bien el Juez 3° Penal del Circuito de Cartagena cuando primero desplazó al doctor Quintero Montes en su calidad de defensor de Arias Arias, y también cuando rechazó el nuevo poder otorgado por éste, pues dicho profesional del derecho dejó de asistir en dos oportunidades fijadas para la iniciación de la audiencia pública, de manera que frente a su conducta no puede alegar ahora violación al derecho al trabajo.

En lo que tiene que ver con el derecho de defensa del procesado Riquelio Arias Arias, consideró la providencia recurrida que tampoco se lesiona, primero porque si bien le fue designado un defensor de oficio, éste no llegó a actuar en la audiencia pública, para que se pueda sostener que su gestión lo afectó, y segundo porque para entonces nombró a la doctora Rosiris Banda Redondo, "que puede garantizarle de la mejor manera el derecho echado de menos" (fol. 111).

La impugnación

El accionante Quintero Montes en escrito presentado en tiempo manifestó que "IMPUGNO el fallo" (fol. 125).

Consideraciones de la Corte

1° Ante la ausencia de sustentación del recurso, la Sala desconoce los motivos concretos de la inconformidad del impugnante, pero ello, considera la mayoría de esta Corporación, no es óbice para decidir, pues el Decreto 2591 de 1991 no le impuso esa carga al inconforme, ni ella se compadece con los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial que establece su artículo 3°, siendo de añadir que el artículo 32 ibidem precisa otros factores a los cuales tendrá que atenerse la segunda instancia.

2° De acuerdo con los fundamentos de la acción y la información aportada, está visto que el proceso penal dentro del cual se endilga la existen-

cia de presuntas irregularidades abordables a través de esta acción de tutela, transita en la etapa del juicio, trámite dentro del cual se ha visto frustrada la iniciación del debate oral por diversas razones, la mayoría atribuibles a la defensa; en tal actuación los intervinientes, en principio, pueden acudir a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico regular, a fin de ejercer sus garantías (peticiones, nulidades, recursos, etc.), que de conformidad con lo previsto por el artículo 6.1 del Decreto 2591 de 1991 hacen improcedente el amparo solicitado.

3° Se aprecia, desde otro enfoque, que se ha pretendido con esta acción, instaurada por el doctor Guillermo Quintero Montes, que el juez de tutela ordene que "debe aceptarme como defensor del procesado Riquelio Arias Arias, dentro de la audiencia pública" (fol. 1).

Frente a esto se observa que si bien el funcionario accionado desplazó al defensor de confianza designado por el procesado Riquelio Arias Arias, señalando el incumplimiento en la gestión encomendada y no aceptó el posterior poder, la situación ya aparece consumada, lo cual igualmente hace improcedente la tutela (D.2591/91, artículo 6 numeral 4), en tanto el incriminado designó a la doctora Rosiris Banda Redondo como su nueva apoderada. No obstante, como ya se vio, la abogada Banda Redondo renunció al poder, de manera que si la voluntad del implicado aún se inclina por el actor y le restablece el mandato correspondiente, nada se opone a su reconocimiento, claro está con el serio compromiso que implica el ejercicio leal de la defensa técnica y las sanciones en caso de incumplimiento.

Finalmente, debe la Corte llamar la atención en cuanto a que sus criterios jurisprudenciales han de entenderse en su verdadero sentido y alcance, a fin de evitar equívocos que la coloquen erradamente en la posición de endosarle lo que no dijo. En el fallo invocado por el funcionario accionado, la Sala sostuvo que frente a maniobras dilatorias el juez puede reemplazar al abogado de confianza por uno de oficio con el fin de dar inicio a la audiencia pública (o si se da el caso a una sesión de ella o parte de la actuación), sin que proceder de esta manera atente contra garantías fundamentales. Lo anterior no quiere decir que si el defensor de confianza retoma la gestión en forma debida, pueda el funcionario rehusarla, sin perjuicio de que asuma los correctivos pertinentes, al interior del proceso o compulsando hacia el despacho competente las copias a que hubiere lugar.

Con las precisiones anteriores, se confirmará el fallo impugnado.

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:

1o. *Confirmar* el fallo impugnado.

2o. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3o. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (salvó voto), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

IMPUGNACION: sustentación.

Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia

Como se ha venido sosteniendo que: "Ante la ausencia de sustentación del recurso, la Sala desconoce los motivos concretos de la inconformidad del impugnante, pero ello, considera la mayoría de esta Corporación, no es óbice para decidir, pues el Decreto 2591 de 1991 no le impuso esa carga al inconforme, ni ella se compadece con los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial que consagra su artículo 3°.. ", el suscrito Magistrado al no compartir tal planteamiento se permite salvar el voto. Las razones son las que aduje en el caso de la Rad. 404 (M. P. Doctor Guillermo Duque Ruiz):

'1. El debido proceso es un derecho fundamental que el ordenamiento brinda a quien por cualquier circunstancia deba acudir al Estado en procura de la solución de sus conflictos, como garantía de una recta y cumplida justicia, esto es, para que la ley sustancial sea cabalmente aplicada.

'La Carta Política, en su artículo 29, consagró este derecho no sólo respecto de las actuaciones judiciales, sino además de las administrativas, quedando, por consiguiente, toda actuación oficial que requiera trámite sujeta al debido proceso que la ley le señale, porque la Constitución solamente consagra el derecho pero no dice cuál es el debido proceso en cada caso, defiriendo a la ley ese cometido.

"2. La competencia, por ser el presupuesto de la actuación, la señala el constituyente en forma genérica y algunas veces específicamente dejando, en el primer caso, la facultad al legislador para desarrollarla pero con sujeción a pautas claramente señaladas, como es el caso del derecho de impugnación (artículo 29) o el de una segunda instancia (artículo 31).

"Al consagrar la acción de tutela, la Constitución señaló como funcionario competente para decidirla a los 'jueces' cuya sentencia, siguiendo los principios referidos en precedencia, está sujeta a impugnación en los términos que la ley señaló.

"3. El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción, consagró en el artículo 31 que 'Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato'. (Cursiva fuera de texto). O sea, como es obvio, deja a la discreción del interesado apelarlo o no, pues ha de entenderse que con dicho fallo el cometido de la acción se cumplió; tan cierto es, que debe tener cumplimiento inmediato. Cualquier inconformidad que surja, no sólo respecto del solicitante, sino de cualquiera de las personas mencionadas en la norma, deberá hacerse conocer en la forma debida, pues así lo exige el artículo 32 id.:

'*Presentada debidamente la impugnación...*" (Cursiva fuera de texto).

"¿Qué es presentar debidamente una impugnación?

'La Sala mayoritariamente, con apoyo en criterio de la Corte Constitucional, entiende que es "presentarla dentro del término para impugnar"; de lo cual discrepamos respetuosamente porque, en primer término, si ese fuera el querer del legislador hubiese utilizado un adverbio de tiempo como 'oportunamente' y no el de modo que utilizó, para significar precisamente que deben presentarse 'como corresponde o es lícito', que es lo que significa 'lo debido'; y, en segundo lugar, porque es el propio artículo 32, en su inciso segundo, el que le da el verdadero sentido al adverbio utilizado cuando dice: "El juez que conozca de la impugnación, *estudiará el contenido de la misma*, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo" (Cursiva fuera de texto).

"Obsérvese cómo el legislador utilizó dos verbos inequívocos: 'estudiar' que es, según la Real Academia, "Ejercitar el entendimiento para alcanzar o comprender una cosa", es decir, que para que el ad quem pueda comprender la inconformidad del recurrente debe éste consignarla por escrito, o lo que es igual, "presentarla adecuadamente"; y 'cotejar' que significa, según la misma fuente, "comparar una cosa con otra u otras", o sea, que el juez de segunda instancia debe tener a la vista los argumentos del impugnante, el acervo probatorio y los fundamentos de la decisión (la sentencia) para poder estudiarlos y decidir en derecho quién tiene la razón; si está de lado del juez, confirmará o, si está de parte del recurrente, revocará, modificará o adicionará el fallo (según lo pedido y lo probado). Es, pues, lo que dice la norma, en la lógica de una interpretación sistemática del estatuto de tutela.

"Es inexacto entonces, afirmar que el estatuto de tutela no exije (sic) la sustentación (acabamos de demostrar lo contrario), y también lo es, sostener que para admitirla, sea menester acudir a otros ordenamientos procesales. Es, simplemente el rito debido, que en su sabiduría el legislador estableció; que, si es contrario a los principios que cita el fallo de mayoría,

ha debido inaplicarse el precepto pero no desconocerlo o interpretarlo de manera diferente a su claro tenor.

"4. La Sala mayoritaria hace suyos los argumentos de la Corte Constitucional sobre el particular, los cuales respetamos profundamente por ser criterios de autoridad, pero discrepamos de ellos con apoyo en el mandato constitucional contenido en el artículo 230, en cuanto tales principios, expresos o teleológicamente deducidos, los respetó el legislador al expedir la reglamentación del artículo 86 de la Constitución Política cuando exigió la sustentación de las impugnaciones a los fallos de tutela de primera instancia.

"En efecto, la sustentación no se opone a la naturaleza preferente y sumaria que la Carta Política exige para accionar la tutela ni con la inconformidad que el artículo 14 del Decreto 2591 requiere para la presentación de la solicitud, pues una cosa es *solicitar* o ejercer la acción, pedir se garantice el derecho, y otra distinta es *cuestionar* la negación o el otorgamiento del derecho. Allá, por ser el ciudadano raso el generalmente afectado, está bien que su demanda esté desprovista de tecnicismos, formalidades complejas -no es que no tenga formalidades, pues el artículo 14 las exige inequívocamente-, etc.; pero, acá, una vez que el juez por él seleccionado haya decidido la acción, en una providencia que necesariamente ha de ser motivada, elemental resulta que quien no comparta lo allí sostenido y decidido lo impugne, señalando cuál es su inconformidad o los yerros del juez para que el superior los pueda corregir.

"Es que se ha argumentado por la Sala mayoritaria como si solamente fuese el peticionario el impugnante. No, puede serlo cualquiera de los mencionados en el artículo 31 del Decreto y cómo no exigirles a dichas partes, con la ley desde luego, que expresen concretamente las razones de su inconformidad? Y si esto resulta razonable para ello -ya lo dijo la Corte en varias decisiones-, en desarrollo del principio de igualdad ha de serlo también para todos los interesados sin que respecto del solicitante se exija tecnicismo alguno ni mucho menos conocimientos jurídicos, sino solamente que exprese con sus propias palabras las razones de su inconformidad, como lo ha sostenido la Sala en relación con las impugnaciones ordinarias. Eso le da seriedad y responsabilidad a los recurrentes, y exigirlo no puede ser jamás atentado contra el carácter prevalente de la sumariedad de la acción pues, se repite, ésta se agota con el fallo del juez que seleccionó el actor, el cual es de inmediato cumplimiento. La garantía de si hubo acierto o no en la decisión, la establecieron la Constitución y el legislador al disponer su envío a la Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 86 C.P. y 31 del decreto), por ello la remisión es oficiosa desde luego obligatoria en cualquier caso.

"Lo anterior nos lleva así mismo a no compartir el argumento del fallo a este respecto con el que niega la sustentación porque, además de lo

dicho en precedencia, la remisión oficiosa a la Corte Constitucional se consagró para unificar el significado y alcance de los derechos fundamentales, para lo cual no se requiere del impulso de las partes.

"5. Como el impugnante en el caso de la referencia no hizo conocer las razones por las cuales discrepó de lo decidido por el juez que él seleccionó libremente para que le tutelara su derecho, la impugnación debió ser rechazada y remitirse la actuación a la Corte Constitucional para lo de su cargo".

Mayo 8 de 1998.

Didima Páez Velandia, Magistrado

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHOS DEL MENOR, REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO: 1. El juez de tutela debe actuar con cuidado y prudencia cuando ordena el regreso a la cárcel de origen de un recluso trasladado; en la decisión son factores relevantes, los riesgos de movilización del reo y las políticas de descongestión carcelaria. 2. No vulnera el Inpec derechos de los menores por el traslado de la madre reclusa, la protección del niño desamparado está asignada a otras entidades estatales

1. Si los menores hijos de la reclusa o su progenitora han quedado en desamparo, ello no se debe a la decisión de traslado sino a la privación de la libertad, en cuyo caso no es el INPEC la entidad accionada a la que corresponde velar por su protección sino por ejemplo al ICBF, a donde deberá dirigirse la accionante.

2."No está demás entonces, llamar la atención del Tribunal a quo para que en casos futuros obre con el debido cuidado y prudencia para adoptar decisiones como esta que aquí se recurre, pues no es difícil tener en cuenta los traumatismos de orden económico que generan esta clase de traslados, además que con ellos se desvirtúan los esfuerzos de las autoridades carcelarias por solucionar una etapa tan crítica de congestión como la que actualmente se conoce, sin menospreciar ni los riesgos de fuga ni aquellos que para la vida e integridad de la interna y de sus guardianes implican los desplazamientos previstos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Radiación No. 4441

Aprobado Acta No. 64

Por impugnación del accionado, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec-, revisa la Sala el fallo de abril 1° próximo pasado, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga tuteló los derechos fundamentales de los hijos de la accionante Gloria María

León Sánchez -detenida en la Reclusión de Mujeres de dicha ciudad-, que el referido fallo estimó violados por el mencionado Instituto.

Fundamentos de la Acción

En escrito dirigido a la Sala Penal de dicha Corporación, la reclusa León Sánchez dice que el 15 de enero del año en curso fue trasladada de la cárcel de Cúcuta a la de Bucaramanga, ciudad primeramente citada donde viven sus dos hijos menores de edad, Amalfi y Teylor Contreras, y que no obstante haber solicitado desde el 4 de febrero ante el director del Inpec su "acercamiento familiar" (fol. 1), no se le ha dado respuesta alguna.

Se refiere a la obligación que tiene el Estado de proteger a la familia y a los menores y anota que no obstante encontrarse condenada tiene derecho a ver a sus menores hijos y saber cómo se encuentran (fol. 2).

Insiste en que no se le ha debido trasladar de Cúcuta y que el Inpec no ha resuelto su petición, además de jurar que por estos mismos hechos no ha presentado otra demanda de tutela.

Actuación y pruebas

Admitida la acción, se hicieron las comunicaciones de rigor, se pidieron los informes pertinentes y se oyó en ampliación de queja a la accionante (fols. 4 a 11 y 35).

La Providencia Impugnada

Allí se citan primeramente los artículos 73, 74, 75 y 77 de la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) sobre los eventos en que proceden los traslados de internos de una cárcel a otra y se anota que si bien en principio los mismos competen al Inpec, en casos excepcionales como el presente, en que se han violado los derechos fundamentales de la familia, procede la tutela ante la ausencia de otra vía judicial (fol. 64).

Cita el artículo 44 de la Carta Política y concreta que la reclamante es madre de dos hijos menores, entre quienes se halla uno de seis años, "quien por mandato constitucional tiene de manera preferente los derechos a tener una familia y no (sic) separado de ella, al cuidado y al amor, a ser amparado contra toda clase de abandono, violencia física o moral, y a la protección de su desarrollo armónico e integral, seriamente afectados por la separación a que han sido sometidos insensiblemente" (fol. 65).

Insiste en que la separación en cuestión resulta "cruel e innecesaria" (fol. 66) así se esté frente al compromiso penal que afecta a la accionante.

En cuanto al derecho de petición, estima que no ha sido desconocido, ya que se le respondió a la reclusa León Sánchez que no procedía su traslado porque aún no cumplía ella un año de permanencia en la Reclusión de Mujeres de Bucaramanga.

Decidió, pues, favorablemente el amparo y ordenó al Director del Inpec y al "Director Regional del Oriente" trasladar a la accionante a su homóloga "el Buen Pastor" de la ciudad de Cúcuta.

Cumplimiento de dicho fallo

En obedecimiento a la providencia impugnada, la Dirección del Inpec, mediante resolución 1327 de abril 2 dispuso el traslado ordenado (fols. 78 a 80).

La impugnación

El Coordinador del Grupo de Acciones de Tutela del Inpec sustenta que las razones en las cuales se apoyan los traslados de internos están informadas por un análisis ponderado de cada caso, cita una providencia de la Corte Constitucional sobre la no procedencia de la tutela para forzar traslados al lugar de preferencia del interno y relaciona las causales de traslado previstas en el artículo 75 de la ley 65 de 1993 (fol. 82), dentro de las cuales "no está previsto el acercamiento al núcleo familiar como circunstancia determinante para realizarlos".

Estima que al delinquir y ser condenada, la accionante es precisamente la responsable de que en la actualidad se encuentre apartada de su núcleo familiar, aparte de que por su naturaleza, el cumplimiento de la pena conlleva restricciones que implican "dolor y sufrimiento", según cita que nuevamente hace de la Corte Constitucional (fol. 84 infra).

Anota que el fallo que ha atacado el Inpec "implica un precedente de incalculables consecuencias para la organización penitenciaria del país, amén del impacto que causará en la reclusión de mujeres de Cúcuta, en donde se acentuará el fenómeno de hacinamiento que se pretendía morigerar trasladando algunas internas para la ciudad de Bucaramanga" (id.).

Dice además que, "la accionante es persona reincidente en conductas delictivas relacionadas con tenencia y posesión de sustancias alucinógenas, que, como es sabido, constituyen un azote social, con particular énfasis en los niños y adolescentes..." (id).

Considera que a pesar de no encontrarse demostrado que la accionante tiene hijos menores y una madre anciana desamparada, lo pertinente es que el juez de tutela 'apremie a las autoridades correspondientes, esto es, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Red de Solidaridad Nacional-programa 'REVIVIR', para obtener la protección debida, tanto de los menores hijos como de la anciana madre" (fol. 85).

Pide entonces que se revoque el fallo y se acate la jurisprudencia de la Corte Constitucional "en el sentido de que los traslados son asuntos del exclusivo resorte de las autoridades penitenciarias siempre que no se vulneren ostensiblemente derechos fundamentales, ajenos a los que la propia sanción penal limita" (fol. 86).

Consideraciones de la Sala

1. La petición escrita que hizo la interna León Sánchez para ser trasladada a la Cárcel de Cúcuta, le fue respondida por el Director de la Regional Oriente del Inpec, invocando la Circular de enero 16 de 1996, emanada de la Dirección General de dicho Instituto, según la cual el traslado no procedía porque la solicitante llevaba menos de un año en la cárcel de Bucaramanga (fols. 45 y 94).

Es claro que esa decisión negativa del traslado entraña un acto administrativo, frente al cual la aquí accionante dispone en primer término de la vía gubernativa (arts. 50, 62 y 63 C.C.A), y en caso de no prosperarle ésta, cuenta aún con acciones judiciales ante lo contencioso administrativo. A través de dichas vías podría perfectamente insistir en el traslado que motiva esta acción constitucional.

Sin embargo, atendiendo la compatibilidad de estos mecanismos a la luz del artículo 9o. del artículo 2591 de 1991, es viable precisar que el amparo objetivamente no procede de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política por cuanto no se vislumbra derecho fundamental alguno vulnerado.

Efectivamente y conforme lo puntualiza el Inpec, es claro que el distanciamiento de la acusada, de su parentela no obedeció a un acto arbitrario o injusto de la autoridad, sino a la aplicación del reglamento carcelario legalmente vigente y en especial a la necesidad de descongestionar el establecimiento de reclusión donde se hallaba, por lo que lejos se está de la conculcación de un derecho fundamental, dado que las que se afrontan son decisiones debidamente emitidas por autoridad competente, razonablemente fundadas y asistidas de soporte legal.

Tómese en cuenta que la privación de libertad que sufre la procesada no se acusa como derivada de una actuación gratuita ni desviada de la autoridad, sino fruto de una medida judicial que le corresponde ejecutar a las autoridades administrativas en los términos previstos en los Códigos de Procedimiento Penal y Régimen Carcelario, consecuencia de la aplicación de una norma constitucional como es el artículo 28 de la Carta Política, por lo que la afectada queda impuesta a una disciplina propia del cumplimiento de las medidas asegurativas y las penas mediante la cual se garantiza además su propia vida, su integridad, su salubridad y su seguridad, como las de las otras reclusas que con ella se encuentran.

Por ello y sin que el cumplimiento de las preceptivas del régimen carcelario puedan constituir acto de abuso, es dable entender que ese régimen le implique a quien legalmente lo sufre varias limitaciones y entre ellas el distanciamiento de los suyos, que no se pueden imputar a los abusos de la autoridad, sino a su propia conducta, que ha forzado la aplicación de los medios coercitivos del Estado.

Sumado a ello debe asumirse que siendo clara la competencia de las autoridades carcelarias para disponer los traslados, las sanciones o las medidas de protección de los internos, mal puede el juez de tutela interferir esa función en tanto no medie razón, como aquí no asoma que pondrá en evidencia la conculcación de alguna garantía constitucional.

Distinto es que los menores o la señora madre de la solicitante que dice ésta tiene a su cargo hayan quedado en desamparo, pero no a raíz del traslado sino de la privación misma de su libertad, en cuyo caso no es al Inpec entidad contra la cual se acciona- al que le corresponde velar por la protección de aquellos individuos, sino a otras entidades del Estado (Instituto de Bienestar Familiar por vía de ejemplo) a quienes bien podría dirigirse la accionante.

No está demás entonces, llamar la atención del Tribunal A quo para que en casos futuros obre con el debido cuidado y prudencia para adoptar decisiones como esta que aquí se recurre, pues no es difícil tener en cuenta los traumatismos de orden económico que generan esta clase de traslados, además de que con ellos se desvirtúan los esfuerzos de las autoridades carcelarias por solucionar una etapa tan crítica de congestión como la que actualmente se conoce, sin menospreciar ni los riesgos de fuga ni aquellos que para la vida e integridad de la interna y de sus guardianes implican los desplazamientos previstos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Supre-ma de Justicia en Sala de Casación Penal, adminis-trando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Revocar el fallo impugnado y, en su lugar, *deniega* la acción de tutela promovida por la interna Gloria María León Sánchez contra el Inpec para proteger sus derechos de petición y de familia.

2. Inmediatamente, háganse las comunicaciones del caso a accionante y accionado.

3. Ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RELACIONES INTERNACIONALES, DERECHO DE PETICION: no es posible pretender por vía de tutela dirigir el manejo de las relaciones internacionales del país en orden a imponer al Ministerio las actuaciones que debe adelantar para verificar la legalidad del traslado de un nacional por parte del gobierno norteamericano

"[...] no es posible pretender por esta vía dirigir el manejo de las relaciones internacionales del país, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución Política, éstas se fundamentan en la soberanía nacional, el respeto de la autonomía de los pueblos y el reconocimiento de los principios de derecho internacional, función que de manera exclusiva le corresponde dirigir al Presidente de la República por intermedio del Ministro correspondiente (artículos 189.2 y 208 de la Constitución Política); de ahí que no puede por esta vía imponerse al Gobierno una determinada actuación, en un asunto, que si bien, ha llamado la atención de las diversas autoridades nacionales, y por ello se está investigando, no puede perderse de vista que lejos de juzgar la legalidad o no sobre el procedimiento utilizado para que las autoridades norteamericanas trasladaran al ciudadano colombiano [...] a ese país, es a través de los diferentes convenios y tratados internacionales adoptados por la legislación interna que se debe procurar la más pronta y eficaz solución, como lo está haciendo el ministerio accionado y el Consulado de Colombia en Miami [...]"

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Radicación No. 4476

Aprobado Acta No. 75

Vistos

Decide la Sala la impugnación presentada por la apoderada de Claudia María, Ana Milena y José Iván Duarte Arteta, contra el fallo de tutela proferido el 14 de abril del año en curso por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá D.C, por medio del cual se le negó el amparo al derecho de petición, presuntamente vulnerado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

LA ACCIÓN

Dice la accionante que el señor José Iván Duarte Acero, padre de los accionantes, es un ciudadano colombiano que tenía fijada su residencia en la ciudad de Cúcuta y que en el mes de agosto de 1997 le manifestó a su familia que debía viajar a Santa Fe de Bogotá a suscribir un contrato de trabajo con la firma "de Costa a Costa", dedicada al mercadeo de computadores que lo había contactado por medio de su teléfono celular y con la cual llevaba más de tres meses vendiendo esta clase de productos así como sus repuestos.

Explica también, que el representante legal de dicha empresa, quien dijo llamarse Marcos A. Acosta, "le aseguró que como la compañía era internacional pues importaba y exportaba productos, tendría que reportar a Venezuela, al señor Jorge García (ver copia de depósito en cuenta corriente). Llegó a Santa Fe de Bogotá el 27 de agosto, le solicitaron que los acompañara a Ipiales, (límite con el Ecuador) y de allí en forma sorpresiva pidieron su colaboración (la pareja: señor Acosta y señora) para atravesar el puente Internacional de Rumichaca y, en la mitad del camino, ellos, la pareja sacó sendas esposas, se identificaron ante él como agentes de la Interpol y luego de la D.E.A., esposando al señor Duarte lo llevaron al aeropuerto de la localidad (Tulcán, Ecuador) donde lo esperaba un avión con motores prendidos que lo dejó en Miami".

Precisa al respecto, que en el año de 1983, el Estado colombiano había negado la extradición de Duarte Acero mediante Resolución No. 146, por cuanto por los hechos por los que se le requería, esto es, atentar contra agentes de la D.E.A., ya había sido juzgado en Colombia por el entonces Juzgado Primero Superior de Cartagena, habiendo cumplido la pena privativa de la libertad en las cárceles de San Diego y Ternera.

Solicita entonces, que se ampare el Derecho de Petición, que en su criterio ha sido violado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, pidiéndole un pronunciamiento oficial "en el que éste, le solicite al gobierno de los estados Unidos una explicación sobre *cómo, cuando y mediante qué mecanismos* llegó a territorio Norteamericano el señor José Iván Duarte Acero y como consecuencia de lo anterior se le *repartrie*".

Anexa como pruebas, copia del concepto de mayo 30 de 1983, por medio del cual la Sala Penal de esta Corte conceptuó que era improcedente la extradición de Duarte Acero a los Estados Unidos, de la resolución No. 146 del 26 de Julio de 1983 expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho negando al Gobierno de los Estados Unidos la extradición del citado ciudadano colombiano, del auto del 12 de diciembre de 1984 proferido por el Juzgado Primero Superior de Cartagena, concediéndole a Duarte Acero la libertad provisional, dentro del proceso seguido en su contra por los delitos de homicidio en grado de tentativa, usurpación de funciones y abuso de funciones públicas, así como una constancia del 1° de septiem-

bre expedida por dicha autoridad en el mismo sentido; de las peticiones elevadas a la Comisión interamericana de Derechos Humanos, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Director Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo, a la Embajada del Ecuador, a la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y al Director Nacional de la Policía.

También allegó copia de la respuesta enviada por la Defensoría del Pueblo en la que se le comunica que el competente para tramitar dicha solicitud es el Ministerio de Relaciones Exteriores, de la enviada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por medio de la cual se le informa que no se le puede dar trámite a su solicitud por no satisfacer los requisitos exigidos por artículos 32,33,34 y 37 de la Comisión; del Federal Public Defender del Distrito Sur de Florida indicándole la forma como se le puede enviar dinero a Duarte Acero y de la Policía Nacional, en la que manifiestan que no han tenido conocimiento ni participado en la captura del referido ciudadano colombiano.

Enterado de la iniciación de la presente tutela, el Ministerio de Relaciones Exteriores, informó al Tribunal, que una vez recibida la petición de la apoderada de la familia Duarte Acero, se remitió al Jefe de la oficina Jurídica en donde, el 19 de septiembre de 1997, se rindió concepto en los siguientes términos: "Con respecto a las solicitudes 1° y 2°, teniendo en cuenta que la familia informa que el señor Duarte se encuentra detenido en el Centro de Reclusión ubicado en 101, en 3rd avnue suit 202. Fort Lauderdale, FL, 33301; consideramos procedente que se instruya al Cónsul de dicha jurisdicción para que indague sobre las razones por las cuales es requerido, de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena sobre relaciones consulares. En lo atinente al tercer punto, nos permitimos poner de presente que el Ministerio de Relaciones Exteriores, prestará la asistencia que requiera dicho ciudadano colombiano, de conformidad con lo establecido en la Convención antes mencionada y de la Ley 76 de 1993 por medio de la cual se adoptan medidas de protección a los colombianos en el exterior a través del Servicio Consular de la República".

Que también recibieron copia de los escritos que en los mismos términos había presentado la accionante a la Defensoría del Pueblo, a la Secretaría Privada de la Presidencia de la República, a la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y a la Fiscalía General de la Nación; que posteriormente, la subsecretaria de Comunidades Colombianas en Exterior y Asuntos Consulares, remitió una comunicación de octubre 12 de 1997 al Consulado de Colombia en Miami con la nota que hiciera llegar a esas dependencias la señora Ana Rita Acero Vda. de Duarte, madre del detenido, solicitando que se le prestara asistencia personal y jurídica.

Asimismo que a la apoderada de la familia Duarte, se le envió el oficio No. AC. An. No. 051691 del 6 de octubre de 1997, informándole que se

había mandado comunicación al Cónsul de Colombia en Miami para que; de conformidad con lo previsto en la Convención de Viena, indagara ante las autoridades competentes respecto de la situación personal y jurídica de José Iván Duarte Acero e informara sobre las razones por las que es requerido.

Que mediante, comunicaciones CG. 172 y 1204-416 del 6 y 24 de noviembre de 1997 el Cónsul de Colombia en Miami informó acerca de la situación personal y jurídica de Duarte Acero, anexando los documentos obtenidos en el Corte Sur de la Florida en la que se relacionan los cargos por los que es requerido.

Igualmente, mediante oficio AC/AN No. 005428 del 3 de febrero del año en curso, se le puso en conocimiento a la señora Ana Rita Acero, de los trámites adelantados en relación con su hijo José Iván Duarte.

Agrega también que, "...teniendo en cuenta que los planteamientos hechos por el Consulado General de Colombia y las solicitudes del detenido José Iván Duarte Acero, ameritan un cuidadoso estudio, se solicitaron instrucciones a los Despachos de la Señora Viceministra de América y Soberanía Territorial y a la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores para establecer los mecanismos, mediante los cuales Colombia podría elevar una protesta formal ante el Gobierno Americano".

Concluye entonces, que al señor Duarte Acero se le ha prestado toda la asistencia posible, habiendo sido visitado en varias oportunidades por el Cónsul de asistencia a connacionales de Miami, por la Asesora Jurídica de dicho Consulado y por su abogado defensor; que por el momento no es viable que el Gobierno de Colombia eleve protesta formal al Gobierno Norteamericano, por cuanto en la actualidad cursa una investigación por parte de las autoridades de la Florida; que sobre las circunstancias como fue sacado del país, cursan unas diligencias previas en la Dirección Seccional de Fiscalías de Nariño; que tampoco ha habido desatención al derecho de petición de la accionante, pues el Ministerio "...ha hecho hasta el momento, todas las diligencias y gestiones que le permiten la legislación interna y el derecho internacional en un caso tan atípico y especial como el presente".

Anexa copia de todas las gestiones adelantadas al respecto, incluyendo la acusación del Gran Jurado del Distrito Sur de Florida en el que se le imputan a Duarte Acero los delitos de conspiración para asesinar un agente federal, asalto a mano armada, resistir o impedir labores de un agente federal o un empleado de los Estados Unidos y robo de elementos de uso personal de propiedad del Gobierno de los Estados Unidos; así como de las respuestas enviadas a la madre de José Iván Duarte y a la apoderada de la familia sobre las gestiones adelantadas por el Ministerio y el Consulado de Colombia en Miami en relación con este caso.

El fallo

Examinada la documentación allegada a esta actuación, concluyó el Tribunal que no existe ni la amenaza ni la vulneración que denuncia la accionante sobre el derecho de petición, pues el Ministerio de Relaciones Exteriores no se limitó a darle respuesta a su petición, sino que ha gestionado ante el Cónsul de Colombia en Miami sobre los hechos por los cuales se encuentra juzgado el señor Duarte Acero por la justicia Norteamericana y asimismo ha dado oportuna respuesta a los requerimientos de la procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, a la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación y a la señora Ana Rita Acero Viuda de Duarte, madre de José Iván.

Así, luego de citar una jurisprudencia de la Corte Constitucional en un asunto similar, el *a quo* negó por improcedente la tutela invocada.

La impugnación

Sustenta la impugnante su inconformidad con el fallo del Tribunal, afirmando que no es cierto que el Ministerio haya dado oportuna y eficaz respuesta a su derecho de petición en el que de manera concreta solicita del Gobierno Colombiano un pronunciamiento oficial requiriendo del Gobierno de los Estados Unidos una explicación sobre cómo, cuando y por qué llegó a territorio norteamericano el ciudadano colombiano José Iván Duarte Acero y como consecuencia de ello se le repatríe, pues el oficio del 6 de octubre es apenas "de mero trámite" y además ha incurrido en una serie de imprecisiones y omisiones frente al caso concreto, lo cual, dice demostrar con las copias que adjunta sobre las peticiones elevadas por Duarte Acero solicitando un defensor y un traductor, por cuanto habla inglés, del oficio que remitieron al Ministerio accionado, los abogados norteamericanos solicitando una protesta formal del Estado Colombiano y manifestando su extrañeza ante la actitud que se ha tenido frente a este asunto en particular, así como de los oficios remitidos por éstos al Consulado de Colombia en Miami y un vídeo sobre el secuestro de aquél, suministrado también por los defensores.

Consideraciones

1ª. A Juzgar por la petición que considera insatisfecha la Accionante, en el sentido de procurar un pronunciamiento oficial del Estado Colombiano en contra de los Estados Unidos solicitando explicaciones sobre la forma cómo el ciudadano José Iván Duarte Acero se encuentra actualmente detenido en ese país, es claro, como lo precisara el Tribunal, que su solicitud debe negarse por improcedente, pues sobre las gestiones realizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y la especial atención que se ha prestado en este caso, bien puede concluirse que no se presenta la vulneración denunciada, y de ello se le ha informado a la petente y a la señora Ana Rita Acero Viuda de Duarte, madre de aquél.

2°. Por lo demás, no es posible pretender por esta vía dirigir el manejo de las relaciones internacionales del país, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Carta Política, éstas se fundamentan en la soberanía nacional, el respeto de la autonomía de los pueblos y el reconocimiento de los principios de derecho internacional, función que de manera exclusiva le corresponde dirigir al Presidente de la República por intermedio del Ministro correspondiente, (arts. 189.2 y 208 de la Carta Política); de ahí que no puede por esta vía imponerse al Gobierno una determinada actuación, en un asunto, que si bien, ha llamado la atención de las diversas autoridades nacionales, y por ello se está investigando, no puede perderse de vista, que lejos de juzgar la legalidad o no sobre el procedimiento utilizado para que las autoridades norteamericanas trasladaran al ciudadano colombiano, José Iván Duarte Acero a ese país, es a través de los diferentes convenios y tratados internacionales adoptados por la legislación interna que se debe procurar la más pronta y eficaz solución, como lo está haciendo el Ministerio accionado y el Consulado de Colombia en Miami, tal y como se le informara en el oficio AC/051691 del 6 de octubre de 1997, en el sentido de que, "En respuesta a su derecho de petición del pasado 15 de septiembre, de la manera más atenta me permito informarle que hemos solicitado al Cónsul de Colombia en Miami, para que conforme a lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, indague ante las autoridades competentes acerca de la situación personal y jurídica del connacional de la referencia e informe sobre las razones por las cuales fue requerido".

3°. Además, tampoco se puede desconocer, que en según el oficio remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, durante el trámite de esta acción, la oficina jurídica de dicha entidad ha conceptuado que no es procedente en las actuales circunstancias, elevar una protesta formal al Gobierno de los Estados Unidos, pues en ese país se encuentra en trámite un proceso en contra de Duarte Acero y la forma como fue sacado del país está siendo investigada por la Fiscalía General de la Nación.

Se confirmará entonces el fallo impugnado.

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°. *Confirmar* el fallo impugnado.

2°. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3°. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO, DERECHO A LA SALUD: el Inpec no puede sustraerse de la obligación de proporcionar el servicio de salud a las personas que se encuentran retenidas en estaciones de policía, la negativa de asistencia vulnera el derecho del recluso

'El derecho a la salud, inherente a la existencia digna del ser humano y encaminado hacia el aseguramiento del derecho fundamental a la vida, no está suspendido ni restringido para los internos, de ahí que la legislación consagre la obligación estatal de brindarles este servicio, por lo que resulta extraño que ahora el INPEC alegue que ello corresponde al Sistema Nacional de Salud.

[...]

En relación con los reclusos de las estaciones de Policía de la ciudad y que deben permanecer en la cárcel local, el INPEC no puede sustraerse a la obligación de proporcionarles el servicio de salud porque el parágrafo del artículo 19 de la citada ley (ley 63 de 1995) señala que los establecimientos carcelarios nacionales pueden recibir 'presos municipales' y el Instituto, por intermedio de su Director, asumió esa carga, como se desprende de la comunicación enviada a la Directora Regional Central [...] Sin embargo, debe aclararse la providencia recurrida en el sentido de que tal servicio puede ser prestado por las autoridades distritales, de común acuerdo con el Instituto, de conformidad con las variantes consagradas en dicho precepto." (paréntesis fuera del texto).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá. D.C., junio dos (2) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Radicación No. 4501
Aprobado Acta No. 77

ASUNTO POR DECIDIR

Se procede a resolver la impugnación interpuesta por el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Inpec contra la providencia del 5 mayo de

1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, a solicitud de la Defensoría del Pueblo tuteló los derechos a la igualdad, la salud y la dignidad humana de apreciable cantidad de personas recluidas en estaciones de Policía de la capital de la República.

LA DEMANDA

El 17 de abril de 1998, el Defensor del Pueblo Regional de Santa Fe de Bogotá (E) ejerció la acción de tutela, en nombre de quienes permanecían privados de la libertad en estaciones de Policía de esta ciudad, para que sea respetada su dignidad humana, tengan oportuna asistencia jurídica, médica y hospitalaria, y no sean sometidos a tratos crueles, inhumanos ni degradantes. Derechos que les han sido conculcados, debido al hacinamiento originado al no ser recibidos por sobre cupo en establecimientos carcelarios, a pesar de existir orden judicial de encarcelación.

Ejemplo de ello es la situación de los internos de la Estación de Policía de los Mártires, que tiene 10 celdas diseñadas para alojar transitoriamente 2 o 3 personas y alberga 109.

Por lo anterior el demandante considera violada la igualdad, la dignidad humana, la salud, la indemnidad personal y sometidos los internos a trato cruel y degradante (arts. 1°, 12, 13 y 49 de la Carta).

En consecuencia, solicita que el Tribunal ordene: 1° Que el Ministerio de Justicia y del Derecho conjuntamente con el Inpec presenten un plan inmediato, adecuado y efectivo que resuelva la situación. 2° Que la Dirección del Inpec preste los servicios básicos de salud y alimentación a las personas recluidas en la estaciones de Policía y adopte las medidas de salubridad respectivas, en el término de 48 horas. 3° Que el Ministerio Público controle o efectúe un seguimiento de lo dispuesto en el fallo de tutela, en el evento de que sea procedente.

PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal, luego de relacionar la cantidad de personas albergadas (853) y la capacidad de las celdas (376), con excepción de tres de las estaciones de Policía cuyo cupo se ignora, concluye que hay un hacinamiento dramático y no cuentan con la infraestructura que les permita suministrarles alimentación (mínimo vital) a tantas personas durante más de 36 horas, que es el término máximo para legalizar la aprehensión y disponer su traslado a las cárceles (artículo 380 del C. de P. P.). Unicamente a partir del 27 de abril se les está proporcionando alimentación, por convenios de los directores de las cárceles Modelo, Picota y Buen Pastor con particulares, que el a quo estima haber surgido a consecuencia de la interposición de la tutela.

Las condiciones higiénicas son deplorables y acarrea la violación de los derechos a la salud, la dignidad y la igualdad material. La situación de reclusos genera limitación a ciertos derechos fundamentales, pero deja vigentes otros que deben ser respetados y protegidos por el Estado.

En consecuencia, tutela dichos derechos de los retenidos en estaciones de Policía de la ciudad y ordena al Inpec prestar el servicio de salud, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo; también ordena al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Inpec, en coordinación con la entidad respectiva del Distrito Capital, en un plazo máximo de tres meses, diseñar y armonizar un programa de traslado de los reclusos de las estaciones de Policía a las cárceles, de acuerdo con la sentencia T-153 del 28 de abril de 1998 de la Corte Constitucional.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Ministerio de Justicia y del Derecho recurre al estimar que el Tribunal rompió de tajo la autonomía administrativa y la atribución de competencias, que impone realizar únicamente aquellas funciones señaladas por la ley, al no corresponderle diseñar y armonizar programas de traslados de reclusos, sino efectuar planes generales.

Para cumplir con el fallo de tutela, el Ministerio tendría que contar con acceso y control sobre las boletas de remisión expedidas por la Fiscalía, con poder administrativo sobre el Inpec y los centros de reclusión, pero si bien el Instituto está adscrito al Ministerio, éste no es su superior jerárquico y es aquél el que formula y ejecuta los programas de gestión carcelaria y penitenciaria.

El Ministerio de Justicia y del Derecho ha impulsado medidas de carácter macro para solucionar la crisis, como la ampliación y readecuación de los centros carcelarios; revisión de la situación jurídica de los internos; presentación de un proyecto de ley sobre la creación del servicio legal popular como requisito previo a la obtención del título de abogado; directiva presidencial relacionada con la construcción y sostenimiento de las cárceles a cargo de las administraciones locales, introducción de mecanismos para resolver el problema del hacinamiento por medio de los traslados de internos, lograr la expedición de la Ley 145 de 1997; adición presupuestal por cuatro mil millones de pesos para incorporar nuevos guardias, y destinación de $2.500 023.000 para la salud de los reclusos.

Los entes territoriales tienen responsabilidad mayor por el hacinamiento carcelario, porque ante la carencia de cárceles locales se ha tenido que recluir a los investigados por contravenciones en centros nacionales, sin que se hubiera vinculado en esta acción de tutela a la autoridad distrital que tiene a su cargo parte del manejo carcelario.

Por lo anterior, solicita la revocatoria del fallo de tutela.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario impugna dicha decisión del Tribunal, porque la Carta ni la ley le otorgan el carácter de entidad prestadora de los servicios de salud.

La institución no tiene bajo su jurisdicción y control todas las cárceles del país y les corresponde a los departamentos y municipios la creación, fusión, supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las personas detenidas y condenadas por contravenciones. Como no están a cargo del Inpec, entonces, no tiene la obligación de prestarles servicios de salud y alimentación. Aquél debe ser brindado por el Sistema General de Seguridad Social de Salud, como lo ordena la Ley 100 de 1993 y eventualmente por las Secretarías y el Ministerio del ramo.

Dichas razones llevan al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a solicitar la revocatoria de ordinal primero de la parte resolutiva del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° La acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual cuya aplicación debe guardar armonía con la normatividad constitucional y legal, que lleva a la materialización del estado social de derecho consagrado en la Carta, para así proteger de manera efectiva las garantías constitucionales fundamentales, frente a su comprobada violación o amenaza por las autoridades públicas, o por los particulares en los casos establecidos en la ley, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, con las salvedades del caso.

2° De conformidad con lo resumido en acápite precedente, el Ministerio de Justicia pretende su desvinculación de la acción de tutela ejercida por la Defensoría del Pueblo de Santa Fe de Bogotá, porque dentro de sus funciones no está la de diseñar y armonizar un programa de traslado de internos de las estaciones de Policía a las cárceles.

El Gobierno debe prestar los auxilios necesarios para hacer efectivas las providencias judiciales (artículo 201 Const.) y, concretamente en lo penal, la ejecución de las medidas detentivas y sentencias condenatorias, en lo relacionado con la privación de la libertad; compete a cada Ministerio formular las políticas atinentes a su sector, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley (artículo 208 ib.). Además, la función administrativa ha de ser desarrollada con fundamento en la igualdad y la eficacia (artículo 209 ib.).

Al Ministerio de Justicia y del Derecho, según lo dispuesto en los artículos 2° y 3° del Decreto 2157 de 1992, le corresponde la elaboración de las políticas y planes sectoriales; participar en la configuración de la política criminal del Estado; formular y adoptar las políticas carcelaria, penitenciaria y pospenitenciaria; realizar la planeación del sector con el fin de

canalizar los recursos hacia el cumplimiento de las metas previstas en el plan nacional de desarrollo; servir de instrumento para la planeación y programación presupuestal de las entidades vinculadas y la formulación de políticas y preparación de reformas; coordinar las actividades de las entidades adscritas, de manera que corresponda a las políticas trazadas y efectuar el seguimiento y control de la gestión respectiva, con adopción de los correctivos a que hubiere lugar; y coordinar con otras entidades públicas la programación y el ejercicio de las actividades necesarias para garantizar el cumplimiento de los planes y programas.

La política criminal no sólo tiene que ver con la prevención del hecho punible, la estructuración del Derecho Penal, la tipificación y la descriminalización de conductas, la alternatividad, etc., sino con la eficacia de la sanción, guardando estrecha relación con la política carcelaria, penitenciaria y pospenitenciaria; todos estos aspectos integrantes de la política general del Estado. El Ministerio, además de participar en su formulación, debe efectuar la planeación sectorial y canalizar los recursos que permitan su materialización, como la inclusión en el presupuesto y en el plan nacional de desarrollo (artículo 3°-13 ib.).

La eficacia de la pena no puede lograse o realizarse a cualquier costo, sino con respeto a los principios fundantes del Estado social de derecho, entre ellos la dignidad humana. A pesar de que los internos tienen suspendidos los derechos a la libertad física y la libre locomoción, y restringidos en mayor o menor grado los derechos a la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión, entre otros, mantienen indemnes los de la vida, integridad personal, salud, dignidad, igualdad en su especial situación, libertad religiosa, debido proceso, petición etc. Derechos reconocidos tanto a los condenados como a los detenidos, según los artículos 3° y 408 del Código de Procedimiento Penal y 5° de la Ley 63 de 1993, al igual que por los tratados internaciones sobre derechos humanos.

Al contrario de lo señalado por el recurrente, el Ministerio además de diseñar planes, debe presentar a consideración de las entidades competentes programas que permitan integrar y coordinar acciones que garanticen el funcionamiento de la administración de justicia (artículo 3°-22 del Decreto 2157 de 1992), lo cual complementa la coordinación que ha de efectuar con otras entidades del sector público sobre la programación y el ejercicio de las actividades necesarias para garantizar el cumplimiento de lo proyectado.

De tal manera que si la declaratoria de la emergencia carcelaria, lo llevó a trazar un plan y unos programas especiales tendientes a superar la crisis, le corresponde el seguimiento y control de gestión de las actividades del Inpec y la coordinación con las autoridades locales para la realización de lo planificado y programado. Las enumeraciones del impugnante

sobre las labores del Gobierno en lo carcelario, no son exculpantes por que no se le cuestiona lo parcialmente realizado sino lo omitido, el incumplimiento de lo dispuesto, la adopción de planes o programas no integrales, los pronunciamientos puramente coyunturales y las promesas vacuas, que para el caso en nada alivian el hacinamiento en las estaciones de Policía, de suyo utilizadas más allá de su capacidad y de la transitoriedad que corresponde.

A pesar de haberse expedido la Directiva Presidencial del 14 de abril de 1998, tendiente a que las administraciones locales cumplan con lo señalo en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 65 de 1993 sobre cárceles municipales y departamentales (construcción, mantenimiento, administración, etc.) y celebren convenios con el Inpec, no hay prueba del inicio de contactos serios de tal establecimiento público con las autoridades distritales, dirigidos a poner fin al hacinamiento mencionado. Tampoco aparece el control de la gestión encomendada, ni la adopción de medidas correctivas por parte del Ministerio al cual está adscrito el Instituto (artículo 3° 15 ibidem).

Luego, fue acertada la decisión del Tribunal al imponer al Ministerio de Justicia y del Derecho la obligación de diseñar y coordinar el programa citado, pues tal función es una de las asignadas por la ley. En consecuencia no está llamada a prosperar la apelación efectuada por este impugnante.

3° El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario pretende la revocatoria del ordinal primero de la parte resolutiva del fallo recurrido, porque al Sistema Nacional de Salud le fue legalmente asignada la prestación de ese servicio a los internos no recluidos en cárceles nacionales.

Los establecimientos carcelarios de orden nacional son creados, fusionados, suprimidos, dirigidos, administrados y sostenidos por dicho Instituto. Cárceles son las destinadas para la retención, detención y vigilancia de sindicados y a las penitenciarias les corresponde albergar a los condenados para la ejecución de la pena privativa de la libertad y el tratamiento respectivo, según los artículos 16, 21 y 22 de la Ley 63 de 1995.

El recurrente clasifica esos establecimientos en forma diferente a la legal y hace lo mismo con los internos. El Código Carcelario y Penitenciario no señala que los detenidos preventivamente deban permanecer en las cárceles municipales o departamentales, que principalmente deben alojar a los privados de la libertad (capturados, detenidos, condenados) por contravenciones, sin perjuicio de los convenios que permite mantenerlos en establecimientos de carácter nacional. También quienes debían permanecer en cárceles nacionales para capturados y detenidos y penitenciarías para condenados por delitos, se da la posibilidad de estar en establecimientos carcelarios municipales o departamentales, en virtud de acuerdos

con las autoridades locales (parágrafo del artículo 19 de la Ley 65 de 1993).

Los artículos 3° y 408 del Código de Procedimiento Penal disponen que "toda persona a la que se le atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto inherente a la dignidad humana" y "todo sindicado privado de la libertad tendrá derecho ... ser visitado por un médico oficial y en su defecto por uno particular...".

El Código Nacional Penitenciario destina el Título IX a regular el servicio de sanidad a cargo del Inpec y el artículo 67 le impone suministrarle elementos y equipos de ese carácter a los reclusos. En cada establecimiento carcelario debe organizarse tal servicio y los reclusos obligatoriamente deben ser examinados a su ingreso y cuando se decrete su libertad; también hay que adelantar campañas de prevención e higiene, etc.

El derecho a la salud, inherente a la existencia digna del ser humano y encaminado hacia el aseguramiento del derecho fundamental a la vida, no está suspendido ni restringido para los internos, de ahí que la legislación consagre la obligación estatal de brindarles este servicio, por lo que resulta extraño que ahora el Inpec alegue que ello corresponde al Sistema Nacional de Salud.

Igualmente es contradictoria esa postura, con lo argumentado por el Ministerio de Justicia y del Derecho quien indica que se han destinado $2.500'023.000 para la salud de los reclusos durante el año de 1998, de conformidad con las necesidades señaladas por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

En relación con los reclusos de las estaciones de Policía de la ciudad y que deben permanecer en la cárcel local, el Inpec no puede sustraerse a la obligación de proporcionarles el servicio de salud porque el parágrafo del artículo 19 de la citada ley señala que los establecimientos carcelarios nacionales pueden recibir "presos municipales" y el Instituto, por intermedio de su Director, asumió esa carga, como se desprende de la comunicación enviada a la Directora Regional Central, el 1° de abril de 1998. Sin embargo, debe aclararse la providencia recurrida en el sentido de que tal servicio puede ser prestado por las autoridades distritales, de común acuerdo con el Instituto, de conformidad con las variantes consagradas en dicho precepto.

Por las anteriores razones y con dicha aclaración, tampoco se accederá a revocar el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, contra el cual va dirigida la impugnación del Inpec.

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° *Confirmar* el fallo impugnado, con la aclaración indicada en las motivaciones de esta providencia.

2° Ejecutoriada esta sentencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3° Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, LEGITIMACION ADJETIVA: hay nulidad en el trámite por falta de legitimación del abogado a quien su mandante revocó el poder antes de presentar acción de tutela

El abogado que intervsiene en la acción de tutela debe tener poder para actuar en nombre de quien la propone, si el mandato ha sido revocado con antelación a la presentación de la solicitud de amparo se está ante un evento de falta de legitimación, por tanto, le corresponde al juez de conocimiento, una vez enterado, declarar la nulidad de la actuación y la inadmisibilidad de la demanda mediante auto no susceptible de recurso.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Radicación No. 1522

Aprobado Acta No. 77

Por impugnación del accionante Marco Antonio Arango Barrera revisa la Sala el fallo de mayo 4 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá denegó, por falta de legitimidad e interés, la acción de tutela promovida para proteger el derecho al debido proceso, que se estima violado por la Fiscalía 125 Seccional, Unidad Cuarta de Delitos contra el Patrimonio Económico de esta ciudad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En escrito que dirigió a la Sala Penal de dicha Corporación, dice el abogado accionante que la Fiscalía en mención ha vulnerado el debido proceso dentro de las diligencias previas número 139807, al no resolver el incidente de entrega del vehículo automotor de placas DBA-195 "iniciado a instancias de solicitud formulada por el suscrito el día 14 de junio de 1994, en la otrora Fiscalía 251 Delegada de la Fiscalía General de la Nación", y pide que se condene en perjuicios a la nombrada entidad (fol. 1).

Demanda entonces que se ordene resolver sobre la entrega.

Cuenta que el mencionado día, como apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A., solicitó la entrega del automotor, vehículo cuyo hurto se había denunciado y que la Policía recuperó el 22 de abril de dicho año, agregando que periódicamente ha solicitado su entrega y que la misma no se ha ordenado con el argumento de que dos cuadernos del respectivo diligenciamiento se extraviaron y además que hay exceso de trabajo. Estima que se le está perjudicando, ya que es abogado externo de la referida Compañía Aseguradora "y mi sustento diario depende de los resultados que entregue a la misma para que se me puedan cancelar mis honorarios" (fol. 2), y agrega que hay "displicencia y negligencia" por parte de la citada fiscalía.

Reafirma desconocido el derecho contemplado en el artículo 29 de la Carta Política, adjunta la documentación pertinente y jura que por estos mismos hechos no ha promovido otra acción.

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Avocado el conocimiento, se enteró a los interesados y a la Fiscalía accionada se pidió la información del caso (fol. 23).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se recuerda allí que al accionante "Aseguradora Colseguros S.A." le revocó el respectivo poder que le había conferido como tercero incidental, "por consiguiente emerge en forma clara su ilegitimidad y falta de interés para reclamar de la jurisdicción de tutela la protección de unos derechos fundamentales, puesto que los verdaderamente autorizados para elevar reclamación semejante son a la fecha el tercero incidental y/o su actual mandatario judicial, y en la medida que éstos estimen que en su perjuicio y en forma injustificada se está vulnerando ese debido proceso" (fol. 42).

Negó, pues, la acción y ordenó la expedición de copias para que la Procuraduría General de la Nación investigue por qué "se superaron con creces todos los términos legales para resolver esta clase de asuntos dentro del proceso penal".

LA IMPUGNACIÓN

El accionante sustenta que la falta de ilegitimidad argüida resulta "parcialmente cierta", pues si bien ante la demora de la Fiscalía en el mes de mayo de 1997 se confirió un nuevo poder, él siguió actuando y la fiscal accionada "me manifestó que no era necesario, que no reconocería nuevo apoderado y que la actuación la continuaría el suscrito y como posteriormente vino a ratificarlo el día 22 de septiembre siguiente... Es decir, hasta ese momento yo era quien tenía el interés en nombre de la compañía y lo

único que faltaba era ubicar los cuadernos extraviados para resolver el incidente. De ahí en adelante continué indagando sobre el trámite de la entrega del vehículo como lo he hecho durante cuatro años" (fol. 48).

Añade que su legitimidad no ofrece duda con el hecho de que el 7 de mayo recibió un marconigrama para que acuda a notificarse de una providencia y anota que "no deja de resultar curioso que preciso el día en que se me informa que no me reconoce la Fiscalía como apoderado y que mi intensión (sic) es acudir a esta vía de tutela, como lo hice al día siguiente, se resuelva el incidente de manera provisional en cuanto a la entrega del vehículo" (fol. 49).

Pide que se le exija a la Fiscalía accionada copia del incidente en cuestión, "se tutele el derecho invocado y se tomen las medidas a que haya lugar".

Adjunta el telegrama de abril 24 último, por medio del cual la Fiscalía accionada lo cita para notificarle una resolución (fol. 50).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

"En principio ha admitido la Corte la posibilidad de que el profesional que ejerce la defensa del procesado al interior de la investigación penal, instaure la acción de tutela a su nombre sin que requiera poder para ello", dijo esta Sala en providencia de 22 de julio de 1997 con ponencia del doctor Carlos Gálvez Argote.

En el presente caso el abogado accionante precisamente se queja de que la entrega del automotor que solicitó dentro del proceso desde el año de 1994, no ha sido resuelta por la Fiscalía Seccional 125, de donde, en una primera aproximación portaría interés para accionar en tutela.

Pero la fiscal accionada respondió que la propietaria del vehículo y tercero incidental "Aseguradora Colseguros S.A.", le revocó el poder al accionante y se lo confirió a la doctora Alba Lilian Jaramillo Rodríguez, quien a su vez se lo otorgó al doctor Reinal Rojas (fol. 27), por consiguiente cuando el doctor Arango Barrera presentó la correspondiente demanda, ya no representaba a la mencionada Compañía de Seguros, como incluso él mismo lo deja entrever al fundamentar la acción.

De dicha suerte, no estaba legitimado para accionar, pues tampoco aportó poder que acreditara su representación, según las voces del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, de donde la demanda debió ser rechazada por el Tribunal, máxime que, como se dijo, la fiscal accionada ratificó esa carencia de representación. Entonces, el Tribunal no ha debido entrar a emitir fallo, sino se le imponía la declaratoria de nulidad de lo actuado y la inadmisibilidad de la demanda, como se hará en esta instancia mediante auto no susceptible de recurso alguno.

No sobra advertir que la actuación que se demandó en tutela -resolver sobre la entrega del automotor- se decidió un día antes (15 de abril de 1998) de que se promoviera la acción constitucional: 16 de abril, como consta en la copia de la respectiva resolución (fols. 30 a 34). En consecuencia, por este otro aspecto tampoco procedía el amparo sino la cesación.

Nada tiene que objetar la Sala respecto de la expedición de copias dispuesta por el a quo ante la demora de la fiscalía accionada en pronunciarse sobre la entrega del automotor, pues al respecto será de la competencia de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial el pronunciamiento que corresponda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Supre-ma de Justicia en Sala de Casación Penal, adminis-trando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar la nulidad de lo actuado por el Tribunal a quo a partir del auto mediante el cual avocó el conocimiento y rechazar la demanda de tutela que presentó el doctor Marco Antonio Arango Barrera con miras a salvaguardar el derecho al debido proceso que consideró violado por la Fiscalía Seccional 125 de esta ciudad, dejando a salvo la orden de copias adoptada.

Cópiese, comuníquese a los interesados, devuélvase al Tribunal de origen para lo pertinente y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel. Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego. Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION: decretada la orden de salida del archipiélago de San Andrés de conformidad con el Decreto 2762 de 1991, no se requiere para su ejecución la declaratoria de "situación irregular" del residente, el trámite dado por la autoridad accionada no se muestra ilegal o caprichoso.

1. Reiteración. Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad que se manifiesta en el hecho de que ser dictados por autoridad competente, y ceñidos a los derroteros establecidos por el legislador.

2. La declaratoria de "situación irregular" a que refiere el Decreto 2762 de 1991, es un acontecimiento de facto que no requiere trámite distinto a su demostración en una cualquiera de las eventualidades legalmente previstas para que resulte inevitable la orden de salida del Archipiélago de San Andrés de la persona afectada, disposición esta que obviamente debe producirse en una resolución administrativa sujeta a los recursos ordinarios.

Así, el término para abandonar el territorio que se concede en ese acto administrativo debe contabilizarse a partir de su ejecutoria, sin que sea necesario expedir nueva resolución que declare la "situación irregular" para, ante el incumplimiento de salida voluntaria, disponer la conducción del afectado, por parte de las autoridades, fuera del territorio del archipiélago.

Las decisiones adoptadas por la autoridad se ajustan a las prescripciones legales sin que aparezca vulneración de algún derecho de los expuestos por el accionante.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., junio nueve (9) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación No. 4496

Aprobado Acta No. 81

Vistos

Decide la Corte sobre la impugnación interpuesta por Ariel González Cabrera contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Isla, fechado el 30 de abril del año en curso, mediante el cual le negó por improcedente la acción de tutela promovida en contra de la directora de la oficina de control de circulación y residencia (Occre) y del gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés por supuesta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar.

Antecedentes

El 4 de junio de 1996 la directora de Occre de San Andrés expidió la resolución 249 en la que negó la expedición de tarjeta de residencia al señor Ariel González Cabrera y lo conminó a abandonar la isla dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del respectivo acto administrativo.

Insatisfecho con la decisión, el afectado interpuso reposición y apelación, recursos que fueron resueltos con resultados adversos a sus pretensiones según Resoluciones 440 del 17 de septiembre de 1996 de la dirección de Occre y 428 del 9 de marzo de 1998 de la Gobernación del Departamento, respectivamente.

Contenido de la Acción

La supuesta transgresión de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar consiste en que la resolución mediante la cual se resolvió la reposición interpuesta contra el acto del 4 de junio de 1996 en el que se le negó la residencia en San Andrés al señor González Cabrera "se limitó a negar el recurso" mientras que en la que decidió la apelación "...se pretermitió íntegramente la instancia de la declaratoria de irregularidad, que como lo he dicho se efectúa mediante resolución. Contra ella proceden recursos por la vía gubernativa".

En tal sentido, el apoderado del accionante afirma que existe una resolución contra la cual "no proceden recursos y ella contiene por lo menos una extralimitación o exceso en las facultades del gobernador", por cuya vía el ciudadano podría ser expulsado de la isla al día siguiente de la ejecutoria del acto, en clara conculcación, también, de la unidad familiar pues esposa e hija de éste se encuentran a su lado.

Aclara la inexistencia de otro medio restaurador de los derechos afectados y enfatiza sobre el perjuicio irremediable que con motivo de lo relatado padece su representado.

Los accionados

En tiempo oportuno los sujetos en cuya contra se accionó, respondieron de la siguiente manera:

Para la directora de Ocere no cabe la menor duda acerca de la improcedencia de la acción de tutela como que el contenido de las normas aplicadas al asunto no son contrarias a la Constitución y aseguran los fines propuestos por el Estado para la protección de la supervivencia humana raizal y ambiental del territorio insular, tal como lo analizó la Corte Constitucional en el fallo que declaró la exequibilidad del Decreto 2762 de 1991.

Aclara que en ningún momento el accionante ni su esposa han tenido el domicilio legal en la isla, por tanto su menor hija "no tiene derecho a fijar residencia en el Departamento Archipiélago y si lo tuviera, ese hecho no le otorga tal derecho a sus padres debido a que los menores de edad deben seguir el domicilio de sus padres...".

A su turno, el Gobernador de la circunscripción territorial, después de transcribir los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991 asegura que en ninguna de las alternativas previstas por la ley para obtener la residencia permanente se encuentra el accionante "por no haber nacido en el Archipiélago, no tener padres nativos y su estadía en la Isla fue con posterioridad a la expedición de este Decreto".

Situación sumada a que "si bien en el artículo 2o de la parte resolutiva del proveído de fecha marzo 9 de 1998, se consignó una actuación que corresponde a la Directora de la Ocere, el tutelante cuenta con otros mecanismos de defensa, que es acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa impetrando una acción de nulidad contra los actos administrativos proferidos por la oficina de Control y Circulación OCRE (sic) y la Gobernación del Departamento".

Respalda la opinión vertida por la directora de Ocere sobre la ninguna vulneración del derecho a la unidad familiar y remata sosteniendo: "...se puede concluir que la niña Cristina Isabel sigue el domicilio de sus padres y no viceversa, por cuanto carece de la capacidad de autodeterminarse".

El Fallo de Primera Instancia

El Tribunal despachó desfavorablemente las pretensiones del actor pues "...las actuaciones de la Ocere y del Gobernador, son actos administrativos susceptibles de ser atacados ante las autoridades administrativas, no siendo cierto lo manifestado por el accionante de que no cuenta con otro medio de defensa. Tampoco presentó la tutela como mecanismo transitorio, para que mientras acude al contencioso administrativo se ordene la suspensión de los actos administrativos por lo que tampoco es viable su concesión."

La Impugnación

Es un calco de la demanda, salvo la réplica del opugnador en el sentido de que la petición busca la revocatoria del acto por ser inaplicable a la

situación concreta, dado que sólo producida la "DECLARATORIA DE IRREGULARIDAD" es cuando se hace posible la salida del accionante de la Isla, pero aquí esto se va a cumplir en el momento de ejecutoria de la resolución que desató la alzada, lo cual no está consignado dentro de la ley como de posible ataque a través de una acción de nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Constantemente ha dicho esta Colegiatura que la acción de tutela, por su carácter residual, sólo puede utilizarse en aquellos casos respecto de los cuales el Estado dentro de su organigrama procesal no haya previsto otros medios protectores.

No empece, a la luz del artículo 86 de la Constitución Política y el 6 del Decreto reglamentario 2591 de 1991, se permite su ejercicio como mecanismo transitorio, aún tratándose de casos en los que a su alcance encuentra el afectado otras vías judiciales, si lo pretendido es evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual compete al Juez de tutela verificar la inminencia de aquél y, de resultar amparado el derecho, señalar que su orden tiene vigencia mientras la autoridad judicial decide de fondo sobre la acción que en un término no superior a cuatro meses debe instaurar el afectado. No es este el caso que se debate pues en este sentido no ha habido manifestación del accionante.

Para efectos de la tutela será insuficiente la exclamación del supuesto quebranto del derecho, pues se requiere la adecuada comprobación de que las acciones u omisiones del funcionario o de los particulares en casos especiales constituyen manifestación de ilegitimidad y choque contra derecho.

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se plantea "que el acto no se aplique a la situación concreta, y por ello se solicita *se ordene a la autoridad administrativa su revocatoria*" pues la declaratoria de irregularidad "se iniciaría a posteriori de la ejecutoria de la resolución que desató la alzada y no está contemplado en ninguna disposición legal superior como para intentar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional, porque no hay manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma", argumento en el cual resguarda el representante del accionante la necesidad de protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la unidad familiar, en la medida en que con la Resolución 428 de 1998 "se pretermitió íntegralmente la instancia de la declaratoria de irregularidad, que como he dicho se efectúa mediante resolución".

Como se ve, el propio impugnante reconoce la existencia de una manifestación de voluntad de la administración en la cual "no hay manifiesta infracción de las DISPOSICIONES invocadas como fundamento de la mis-

ma". Pero al margen de este reconocimiento del impugnante, es lo cierto que la citada resolución goza de presunción de legalidad que se manifiesta en el hecho de que fue dictada por autoridad competente, ceñida a los derroteros establecidos por el legislador en punto a que, al no darse para el accionante Ariel González ninguna de las situaciones allí previstas para que le sea reconocida su residencia transitoria o permanente en la isla, resulta incuestionable la razón de fondo que determinó la decisión de disponer su salida de dicho territorio.

Por ende, en este sentido no puede el Juez de tutela entrometerse en el campo de acción de otros órganos del Estado, so pena de resquebrajar el principio del juez natural, receptáculo de la seguridad jurídica a través de la autonomía e independencia con que deben fungir los investidos de autoridad por el Estado. Preciso es, entonces, como lo sostuvo el a quo, acudir a la vía contencioso administrativa si lo que se pretende es demostrar que las autoridades de la isla desbordaron con la susodicha resolución las facultades que les otorga la ley para regular la migración hacia esa parte del territorio nacional.

Bien se comprende en consecuencia que lo demandado es el presunto quebranto al debido proceso en el trámite del desalojo del accionante, pues la preocupación estriba es en torno al momento en que por ley deberá abandonar la isla, punto este dejado de soslayo por el tribunal a quo, dado que para el impugnante la orden de salida deberá ejecutarse pasados diez días no de la ejecutoria de la resolución que tal medida dispuso sino de la declaración oficial de que González Cabrera se halla en la isla en "situación irregular", actuación esta última que a su juicio aún no se ha producido.

Sobre el punto ha de precisarse que el Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en su artículo 18, literal b, dispone que "se encuentran" en situación irregular las personas que permanezcan en uno de estos territorios "por fuera del término que les ha sido autorizado"; a tiempo que el artículo 19 reza: "Las personas que se encuentren en situación irregular serán devueltas a su lugar de origen y deberán pagar una multa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales". Así mismo, el artículo 22 crea la Oficina de Control de Circulación y Residencia (Occre) "como órgano de la administración del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia, para la realización y cumplimiento de las disposiciones del presente decreto."

De lo anterior se infiere que para poder ser devuelto del archipiélago a su lugar de origen un ciudadano deberá encontrarse en "situación irregular", fenómeno que se presenta cuando se ingresa al Departamento sin la respectiva "Tarjeta de Turista"; cuando se prolonga la permanencia allí por más tiempo del que se ha autorizado; cuando se violan las disposicio-

nes sobre conservación de los recursos ambientales o naturales del Archipiélago, y cuando se realizan actividades laborales en el mismo sin estar autorizado para ello.

En este orden de ideas, la "situación irregular" como acontecimiento de facto no requiere de otro trámite distinto a su demostración en una cualquiera de aquellas eventualidades para que resulte inevitable la orden de salida del Archipiélago con la obligación adicional de pagar una multa hasta por 20 salarios mínimos legales mensuales, disposición esta que obviamente debe producirse en una resolución administrativa sujeta a los recursos ordinarios de reposición ante la misma oficina de control de circulación y residencia (Ocere) y de apelación ante la Gobernación del Departamento.

Fue exactamente este procedimiento el que se agotó en el caso del accionante, con la única diferencia de que en la misma resolución en que se puso en evidencia su permanencia irregular en la isla se le negó la "tarjeta de residencia" como también la residencia temporal en dicho territorio, razón por la cual fue conminado "para que abandone el territorio del departamento archipiélago dentro de los diez (10) día (sic) hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo".

Ahora bien, el hecho de que en un parágrafo de la resolución se advirtiera que "en caso de incumplimiento de lo ordenado en el artículo precedente, la Ocere procederá a declararlo en situación irregular, ordenando a la autoridad competente su conducción fuera del territorio archipiélago e imponiendo multas hasta de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales", no significa que fuera menester producir un nuevo acto administrativo para declarar lo que en esta resolución ya se había dado por cumplido, dado que la "situación irregular" no es la consecuencia sino el presupuesto para ordenar la salida de la isla.

Lo previsto en el acotado parágrafo, más que el preludio de un nuevo e innecesario trámite constituye el otorgamiento de un plazo de gracia, de una oportunidad adicional al conminado para que por sus propios medios abandone el territorio del archipiélago sin necesidad de hacer efectiva la multa que prevé la ley y, sobre todo, sin que las autoridades tengan que ejecutar "su conducción fuera del territorio del archipiélago".

No se da, entonces, ninguna transgresión al debido proceso en el trámite cumplido tanto en la oficina de control de circulación y residencia como en la gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, motivo por el cual el fallo impugnado habrá de refrendarse aunque por consideraciones distintas a las tenidas en cuenta por *el a quo*.

Por 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. *Confirmar* el fallo de fecha 30 de abril de este año, conforme a las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Isla denegó la tutela solicitada por Ariel González Cabrera por medio de apoderado, en contra de Occre y la Gobernación del Archipiélago.

2. Ejecutoriada esta decisión remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda. Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel, Carlos A. Gálvez Argote. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Carlos E. Mejía Escobar. Didimo Páez Velandia. Nilson Pinilla Pinilla (sin firma). *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: si la parte o el tercero considera excesivo el decreto de embargo de bienes debe acudir a los mecanismos previstos legalmente, la acción de tutela no es el medio idóneo para obtener su modificación

"[...] los mecanismos de protección de los derechos de contenido patrimonial tanto del procesado como de las personas naturales o jurídicas que sin estar obligadas a responder penalmente tienen bienes afectados dentro de la actuación, no son pocos dentro del proceso penal (artículos 53, 54, 150-152 del Código de Procedimiento Penal). Y es a ellos a los que se debe acudir cuando el imputado o el tercero encuentran equivocada o excesiva una determinación del contenido que se examina (embargo de bienes). No a la acción de tutela [...]" (paréntesis fuera del texto).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., junio nueve (9) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Doctor *Cirilos Eduardo Mejía Escobar.*

Radicación No. 4525

Aprobado Acta No. 81

VISTOS

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Horacio Martínez Villalba, en contra de la providencia de mayo 7 de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali no accedió a la demanda de tutela que elevó.

LA ACCIÓN DE TUTELA

Dice el accionante que en su contra es adelantado un proceso por la Fiscalía Seccional de Cali. Se le impuso medida de aseguramiento y se ordenó el embargo y secuestro "de unos bienes" pertenecientes a la sociedad Construcción y Servicios Inmobiliarios S.A. Así sucedió con el Edificio Centro Versalles que -según el Fiscal- le pertenecía en un 25%. Esta afirmación no es verdad según el demandante, ya que la inspección judi

cial en la cual se fundamentó la deducción lo único que demostró fue que él realizó unos aportes de capital a la firma comercial "...y no en los predios cuyo embargo y secuestro se ordenó". No obstante lo anterior las medidas se llevaron a cabo, causándole a la sociedad un daño económico cuantioso e irreparable.

Agrega el accionante que él también sufrió perjuicios. El hecho de que las medidas cautelares hayan sido adoptadas en un proceso en su contra hizo que la empresa le atribuyera las consecuencias de las medidas, afectó sus relaciones con los socios y puso en riesgo su participación accionaria, la cual también fue objeto de embargo, en este caso -asegura-" con perfecta procedencia legal". Refiere, para finalizar, que existió violación del debido proceso y suministra las siguientes razones:

Que dentro del proceso penal, según el artículo 52 del código de la materia, sólo pueden embargarse y secuestrarse bienes de propiedad del procesado, lo cual se incumplió en el caso examinado.

Que una de las razones aducidas para disponer las medidas (garantizar el restablecimiento del derecho), era inoponible a la sociedad. El artículo 14 del Código de Procedimiento Penal es claro y no era aplicable "...en perjuicio de una sociedad ajena a los hechos investigados, y cuando los efectos creados por la 'comisión' del punible en cuestión no tienen su causa en la sociedad anónima mencionada, y porque las cosas no vuelven al estado anterior causándole daño a un tercero que no es civilmente responsable ni tuvo que ver con el cambio de ese estado anterior".

Cuestiona, de otra parte, que cuando el Fiscal Local que inicialmente tuvo el proceso lo remitió al Fiscal Seccional, éste "consciente" de que los bienes de la sociedad comercial eran diferentes de los suyos, insistió en su embargo ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, a pesar de que la entidad se había negado a realizar dicha inscripción. Igualmente dispuso el funcionario el embargo de sus cuotas sociales.

Expresa el demandante que adicionalmente resultó conculcado el debido proceso por el Fiscal Seccional al modificar la adecuación típica de la conducta, cuando todavía estaba en proceso de notificación la resolución de situación jurídica. Estimó el funcionario que se estaba en presencia de un delito de captación masiva de dinero, ordenó remitir el expediente a la Unidad de Delitos Financieros y para cuando presentó la acción de tutela, el caso se encontraba en la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Cali "para dirimir una colisión interna de competencia entre Fiscalía Local y Seccional".

"Se plantea la presente tutela -concluye el actor- como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y contra una vía de hecho de un funcionario judicial, porque en virtud de estarse definiendo la colisión de competencias entre funcionarios de la Fiscalía General de la

Nación, tema que puede tomarse aún algún tiempo[1], y por cuanto no habiéndose ni terminado de notificar el auto de medida de aseguramiento, el trámite restante, incluida la interposición del recurso correspondiente hasta su definición, puede llevar un tiempo importante, y en el interregno consolidarse una pérdida económica cuantiosa para dicha empresa y consecuencialmente para mis posibilidades de contar con unas acciones sólidas para atender cualquier eventual indemnización de perjuicios a que me viera avocado: todo por una *vía de hecho de un funcionario judicial que ha desconocido la ley y vulnerado el debido proceso.*

"...con la medida -finaliza- se produjo la parálisis absoluta de la empresa, porque se embargaron y se ordenó el secuestro de 32 predios: esto es de la totalidad de los bienes inmuebles de la empresa, con lo cual es concluyente que se producirá su quiebra y la pérdida consecuencial del valor de mis acciones en la misma, como la pérdida de toda garantía que puedan hoy dar las acciones a los supuestos afectados por los hechos investigados".

La providencia impugnada

El Tribunal Superior de Cali declaró improcedente la acción de tutela. Señaló básicamente que no es viable su utilización en contra de decisiones judiciales, salvo cuando se hayan presentado actuaciones arbitrarias o caprichosas del funcionario. Que en el caso sometido a examen la Fiscalía al resolver la situación jurídica no incurrió en ninguna vía de hecho pues se encontraba facultada para adoptar las medidas cautelares dictadas, para de esa manera garantizar los eventuales perjuicios causados a los distintos ofendidos, quienes se constituyeron en parte civil. Es claro, de otra parte, agrega la Corporación, que debe ser al interior mismo del proceso donde se produzca el debate propuesto por el demandante, sin que sea dable pretender para ello la utilización de la acción de tutela como mecanismo sustitutivo.

El recurso

El accionante expresa que el Tribunal consideró adecuada a la ley la decisión de la Fiscalía, en cuanto estimó procedente la posibilidad de embargar su participación en la sociedad. No obstante lo que a su parecer no podía hacer el instructor era afectar el patrimonio de un tercero, que fue lo que sucedió y lo que constituyó la violación del debido proceso y la vía de hecho alegada en su demanda. Esta fue la determinación que trajo "...unas consecuencias irreparables para la sociedad y una carga moral irreparable para Horacio Martínez Villalba ante dicha sociedad y ante los socios de la misma".

---

1. Según dijo el accionante en el memorial de sustentación de la apelación contra el fallo de primera instancia, el conflicto administrativo fue decidido.

Su pretensión, en suma, es que a través de la acción de tutela se produzca un pronunciamiento transitorio que restablezca el debido proceso "...y se deje de afectar a nombre de Horacio Martínez Villalba a una empresa que ninguna culpa y responsabilidad le cabe en lo investigado en el proceso". Y aunque ya se definió el conflicto administrativo que se suscitó entre el Fiscal Seccional y el Local, "la gravedad de lo actuado por la Fiscalía ... que pone al borde de la quiebra a una sociedad anónima colombiana...", amerita que como conclusión de la acción de tutela se levanten las medidas cautelares adoptadas, a lo cual se restringe su aspiración.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es claro que el recurrente fue afectado con medida de aseguramiento y que como consecuencia la Fiscalía determinó el embargo y el secuestro de unos bienes. Es decir, le dio cumplimiento al artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, el cual no solamente faculta al funcionario judicial para la adopción de tales medidas cautelares, sino que regula la forma de su ejecución y especialmente el régimen de formulación, decisión y trámite de las oposiciones a las mismas, cuyo adelantamiento debe verificarse de conformidad con las normas que reglan la materia en el Código de Procedimiento Civil.

Los artículos 53 y 54 del Código de Procedimiento Penal, de otra parte, establecen algunos casos en los cuales procede el desembargo de bienes (parcial o total) y su trámite. Y los artículos 150, 151 y 152 de la misma obra facultan a los terceros que tengan un derecho económico afectado dentro del proceso penal, para que de manera personal o a través de abogado ejerzan las pretensiones correspondientes, las cuales se tramitan como incidentes y les es posible promover en cualquier estado de la actuación.

Como se ve, los mecanismos de protección de los derechos de contenido patrimonial tanto del procesado como de las personas naturales o jurídicas que sin estar obligadas a responder penalmente tienen bienes afectados dentro de la actuación, no son pocos dentro del proceso penal. Y es a ellos a los que se debe acudir cuando el imputado o el tercero encuentran equivocada o excesiva una determinación del contenido que se examina. No a la acción de tutela como ha sido la pretensión insistente del impugnante.

La anterior consideración y la circunstancia de que lo que en últimas busca atacarse con la acción es una providencia judicial dictada por la Fiscalía en desarrollo de una autorización legal, impone la conclusión de que la demanda es en absoluto improcedente. Por lo tanto, se confirmará el fallo objeto de la apelación.

En virtud 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. *Confirmar* la sentencia de mayo 7 de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali declaró improcedente la acción de tutela instaurada por el ciudadano Horacio Martínez Villalba.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (sin firma), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE PETICION, DEBIDO PROCESO PENAL, RESERVA SUMARIAL, DERECHO A LA INTIMIDAD: 1. Para que un particular pueda obtener copia de los procesos penales archivados, se debe examinar las circunstancias de cada caso y determinar qué piezas del mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes. La negativa genérica a expedir copias vulnera el derecho a la información. 2. Si el proceso finalizó por preclusión de la instrucción el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada, siendo posible bajo la condición anterior la obtención de copias. La misma lógica opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación

En las actuaciones que finalizaron con preclusión de la instrucción, las decisiones adquieren firmeza material por tanto, el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada. Sin embargo, el derecho del particular "[...] a obtener copia de los procesos penales archivados,[...] ,es posible a condición de que no sea conculcado el derecho a la intimidad de las personas procesadas y tampoco el carácter reservado que pueda seguir acompañando a ciertas piezas de la actuación, como por ejemplo pruebas que se trasladaron a otro proceso todavía sometido a reserva; pruebas trasladadas al expediente de otro proceso aún con carácter reservado, o documentos relacionados con la seguridad nacional.

Así las cosas, el derecho a la intimidad del procesado en un trámite que finalizó con preclusión de la instrucción, en firme y que fue archivado, mal puede constituirse en un argumento que por vía general conduzca a la negativa de expedición de copias del mismo. Será necesario en cada caso examinar sus circunstancias particulares y determinar qué piezas del mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes."

2. "La misma lógica anotada opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación, como sucede cuando se ha declarado la prescripción de la acción penal. En los demás casos, en atención a que el proceso penal es susceptible de ser iniciado en cualquier momento, siempre y cuando aparezcan pruebas nuevas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base a la decisión inhibitoria (artículo 328 del Código de Procedimiento Penal), la reserva de las diligencias impuesta por el artículo 321 del mismo Código –con la salvedad allí mismo establecida y también la del inciso 1° del artículo 331 de la misma obra–, continúa operando y por lo tanto no procede la expedición de copias de las mismas."

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., junio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Doctor *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Radicación No. 4508

Aprobado Acta No. 83 (11-06-98)

VISTOS

Derrotada la Ponencia inicial, procede la Sala mayoritariamente a resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano William Enrique Medina Duran, contra la providencia de mayo 6 de 1998, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, por mayoría, no accedió a la demanda de tutela que elevó.

LA ACCIÓN DE TUTELA

Señaló el mencionado que en la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali se adelantaron los procesos penales radicados con los números 263 y 332, y la averiguación preliminar 438. En los primeros se profirió preclusión de la instrucción el 30 de noviembre de 1995 y el 5 de agosto de 1997, respectivamente. En el último se dictó resolución inhibitoria el 25 de noviembre de 1997. Al adquirir ejecutoria las decisiones los expedientes fueron archivados.

Ya que venía actuando como defensor en un caso similar a los relacionados, procedió a solicitarle al Jefe de la Unidad de Fiscalía que le expidiera copias de las investigaciones, con las cuales quería contar para su orientación profesional. El funcionario se negó a permitírselas alegando la existencia de reserva, no obstante que las actuaciones se habían archivado. Dicha negativa, concluye el accionante, resultó violatoria de sus derechos fundamentales de petición y a la información, cuya tutela demanda.

LA PROVIDENCIA APELADA Y EL RECURSO

Para el Tribunal Superior de Cali el Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante esa Corporación respondió claramente y sin tardanza a la solicitud del abogado Medina Duran, con lo que se descarta la violación del derecho de petición. Y frente al derecho de información lo hizo sostenido en algunas decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con las cuales no es factible romper la reserva de la investigación penal cuando el proceso no ha alcanzado la etapa del juicio. En consecuencia, como en el presente caso los procesos no superaron la fase sumarial, la reserva persiste así las actuaciones se hayan archivado. Esto en consideración a la prevalencia del derecho a la intimidad del procesado sobre el derecho a la información del particular.

La primera instancia, por lo tanto, descartó la vulneración de algún derecho fundamental y declaró improcedente la acción de tutela.

El accionante apeló. Insistió en que los expedientes cuyas copias solicitó están archivados y que tal circunstancia permitía que se accediera a su pedido. Agrega que la sentencia de la Corte Constitucional en la cual se fundamentó el Tribunal para concluir en la no violación del derecho a la información, aludía a un caso diferente al suyo que, en consecuencia, no podía tomarse como marco de solución de la acción de tutela. Se trataba de un periodista que bien podía en un momento dado publicar las copias de la investigación en un medio de comunicación, al tiempo que en su caso lo que persigue es darles una utilización personal y eminentemente profesional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El respeto a la dignidad humana, como lo reconoce el artículo 1° de la Constitución Nacional, se constituye en uno de los principios sobre el cual se encuentra estructurado el Estado colombiano y por lo tanto debe inspirar todas las actuaciones desplegadas por sus funcionarios para el cumplimiento de sus finalidades esenciales (artículo 2° C.N.).

Si se tiene en cuenta que el derecho a la intimidad es un atributo propio de la dignidad humana, resulta claro que el ámbito de privacidad de la persona y de su familia, como de su derecho al buen nombre, deben ser respetados por el Estado y es igualmente su deber hacerlos respetar de la injerencia indebida de los demás, para de esta manera lograr la tranquilidad, la paz interior y el libre desarrollo de su personalidad.

El Estado, no obstante, interviene a través de sus autoridades y de manera excepcional en la vida privada de las personas, como sucede en el desarrollo del proceso penal. En este, además de encontrarse constitucionalmente permitidas ciertas intromisiones en dicho ámbito (son ejemplos el registro del domicilio y la interceptación de comunicaciones), la diná-

mica propia de la investigación criminal y en particular el cumplimiento del numeral 5° del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, acrecientan dicha intervención en la intimidad del procesado, lo cual finalmente se materializa en información registrada en las diferentes piezas del proceso.

El derecho a la intimidad, por consecuencia, no ostenta el carácter de absoluto. El mismo, frente a la investigación penal, para los fines constitucionalmente permitidos y dentro de los parámetros señalados por la ley, es objeto de intervención judicial, con el agregado de que la información procesal está sometida a reserva durante la investigación preliminar y la fase sumarial (arts. 321 y 331 del C. de P. P.), no así en la etapa del juzgamiento donde ostenta el carácter de pública.

En el caso examinado la discusión está limitada a determinar si el accionante cuenta con la posibilidad de acceso a la información contenida en los procesos penales 263 y 332, e igualmente de la existente en la investigación preliminar 438.

Respecto del primer caso las actuaciones finalizaron con preclusión de la instrucción y las decisiones adquirieron firmeza material. En consecuencia, si se tiene en cuenta que el principio de la reserva sumarial tiene como finalidad la protección de la investigación, finalizada ésta a través de una determinación judicial que hizo tránsito a cosa juzgada el principio pierde su carácter vinculante y por lo tanto no puede constituirse en argumento válido para negarle a un particular el acceso a la información contenida en el proceso.

No obstante lo anterior, respecto de un proceso penal finalizado en la fase sumarial, en donde el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada, subsisten una serie de derechos a los cuales es necesario referirse para obtener la solución del caso propuesto. En primer lugar, el del procesado a que se le preserve su intimidad; en segundo, el de los particulares a la información y al derecho a la publicidad de los actos oficiales.

La actuación procesal, como función pública, está sujeta a los principios reguladores de la actividad de los funcionarios del Estado, en especial el de transparencia, y por lo tanto debe ser susceptible de control, no sólo a través de los mecanismos internos propios del proceso, sino igualmente de los externos a él, como su escrutinio por parte de la sociedad en atención del interés general involucrado en los resultados de la actividad pública.

Ese ejercicio de control de los particulares sobre la función pública en general, lleva implícito el derecho de acceso a la información, con excepción de aquella a que la ley le ha otorgado el carácter de reservada, de la excluida por razones de seguridad nacional y de aquellas que atenten

contra el derecho a la intimidad de las personas (v.gr. vinculadas a la reserva tributaria, financiera, clínica, etc.).

Pero si la facultad de control de los asociados sobre la actividad estatal supone el acceso a la información a condición de que no sea reservada, aparece la posibilidad de que este derecho y el de intimidad entren en conflicto. Así puede suceder en el caso examinado por la Sala.

Ya se concluyó que la información contenida en los procesos penales que finalizaron con preclusión de la instrucción dejó de operar el principio de reserva sumarial, en cuanto las decisiones hicieron tránsito a cosa juzgada. Se deduce igualmente de lo dicho que el accionante cuenta con el derecho a conocer la información contenida en los expedientes y las personas procesadas a que se les proteja su vida privada. Está, entonces, en la conciliación de tales derechos fundamentales contrapuestos la solución del problema planteado, sin perder de vista la prevalencia del de intimidad sobre el de información, que es total solamente en casos de conflicto insoluble entre los mismos. Pero cuando permitirle al particular el acceso al documento público o a parte de él no agrede el ámbito de lo privado, no existe razón para impedirle su conocimiento.

El derecho del accionante a obtener copia de los procesos penales archivados, por lo tanto, es posible a condición de que no sea conculcado el derecho a la intimidad de las personas procesadas y tampoco el carácter reservado que pueda seguir acompañando a ciertas piezas de la actuación, como por ejemplo pruebas que se trasladaron a otro proceso todavía sometido a reserva; pruebas trasladadas al expediente de otro proceso aún con carácter reservado, o documentos relacionados con la seguridad nacional.

Así las cosas, el derecho a la intimidad del procesado en un trámite que finalizó con preclusión de la instrucción, en firme y que fue archivado, mal puede constituirse en un argumento que por vía general conduzca a la negativa de expedición de copias del mismo. Será necesario en cada caso examinar sus circunstancias particulares y determinar qué piezas del mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes.

Tal es el ejercicio que debe hacer el Jefe de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Cali. La Sala, como consecuencia, revocará el fallo impugnado en lo que tiene que ver con la declaración de improcedencia de la acción de tutela del derecho fundamental a la información, relacionada con los dos procesos penales que culminaron en la fase sumarial. En su lugar, se dispondrá el amparo del mismo, se dejará sin efecto en lo pertinente la resolución administrativa del 22 de abril de 1998 y se le ordenará al Fiscal Coordinador que proceda al examen de cada caso en particular, a establecer la revelación de qué piezas procesales podrían

vulnerar el derecho a la intimidad de las personas procesadas, cuáles todavía están bajo reserva y a expedir fotocopias de las restantes al accionante, quien al obtenerlas se hace naturalmente responsable de su manejo.

La misma lógica anotada por la Sala opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación, como sucede cuando se ha declarado la prescripción de la acción penal. En los demás casos, en atención a que el proceso penal es susceptible de ser iniciado en cualquier momento, siempre y cuando aparezcan pruebas nuevas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base a la decisión inhibitoria (artículo 328 del C. de P.P.), la reserva de las diligencias impuesta por el artículo 321 del mismo Código -con la salvedad allí mismo establecida y también la del inciso 1° del artículo 331 de la misma obra-, continúa operando y por lo tanto no procede la expedición de copias de las mismas. Como tal parece ser la situación de la averiguación preliminar cuyas copias solicitó el abogado recurrente, se confirmará la sentencia impugnada en cuanto a la no protección del derecho a la información en ese caso específico.

En virtud 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°. *Revocar* parcialmente la sentencia del 6 de mayo de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali no accedió al amparo solicitado en nombre propio por el abogado William Enrique Medina Durán.

2. *Tutelar* al accionante su derecho constitucional a la información. En lo pertinente, entonces, dejar sin efecto la resolución administrativa expedida el 22 de abril de 1998 por el Fiscal Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, a quien se le ordena que en el término improrrogable de 24 horas proceda a examinar los procesos penales radicados con los números 263 y 332, archivados en dicha dependencia, para que una vez determine, conforme a los parámetros expresado por la Sala, qué piezas procesales no cuentan con reserva ni contienen información que atente contra el derecho a la intimidad de los funcionarios sindicados, proceda a autorizar su entrega en fotocopias al actor.

3. *Confirmar* la improcedencia de la acción de tutela en cuanto a la expedición de copias de la investigación preliminar 438.

4. Para la notificación personal de esta providencia al Fiscal Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, se comisiona a la Sala Penal del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial. Líbrense las comunicaciones respectivas.

5. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

6. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda. Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote (con salvamento parcial de voto), *Jorge Aníbal Gómez Gallego* (con salvamento de voto). *Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla. Juan M. Torres Fresneda* (con salvamento de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE PARCIAL DE VOTO

DERECHO DE PETICION: la decisión negativa de expedir copias de expedientes archivados eventualmente podría vulnerar el derecho de petición, no el de información./**RESERVA SUMARIAL, DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO A LA INTIMIDAD:** la negativa a expedir copias de un expediente archivado no vulnera el derecho del particular. Las partes y los intervinientes en el proceso son los únicos que pueden establecer cuáles actuaciones en caso de divulgarse lesionarían su derecho a la intimidad

Es importante determinar cuándo se solicita la protección al derecho de petición de información y cuándo se está frente a dos derechos independientes el de petición y el de información. En el presente caso al abogado se le negó su petición de obtener copias de expedientes archivados, así " [...] es el derecho de petición el que se reclama como desconocido, sólo que por la naturaleza de la solicitud ella lleva implícito el requerimiento de obtener acceso a documentos públicos, sin que la respuesta negativa para acceder a permitir su conocimiento comporte el concurrente efecto de producir menoscabo sobre el segundo".

Dentro de una concepción realista de relación persona, intimidad y sociedad, se impone hoy en día comprender que la vida íntima entra en una relación dialéctica y dinámica con la sociedad, pues el ser humano proyecta su personalidad en la dimensión social y en la interna o personal. La interpelación hombre mundo es fundamentalmente conflictiva, su desenvolvimiento supone pugna entre las dos dimensiones con estadios de equilibrio entre intereses contrapuestos, el proceso penal es una clara manifestación de ella, "[...] se debe reconocer que el marco límite de esa intimidad solo es predicable por cada individuo respecto del complejo de elementos que conjugados y confundidos en una investigación, es él, el procesado, quien en principio pueda internalizar qué de lo interrelacionado constituye su vida privada, su intimidad [...]".

Entonces, no se ve cómo en esa compleja interrelación entre lo externo y lo interno un funcionario judicial pueda establecer si con un

documento o un testimonio se afecta o no la intimidad del inculpado e inclusive la de otras personas que hayan intervenido en la investigación: "[...] por eso es que el Estado ha optado por respetar el carácter absoluto de este derecho y ante la ausencia de una acusación formal, lo proteja en forma general, y si el proceso ha precluido, es esta la interpretación que más se ciñe al artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, pues cualquier relativización que se le haga a la intimidad la vuelve acromática, por emplear aquella expresión que recordara Don Luis Jiménez de Asúa para significar los fenómenos jurídicos que quedaban neutrales, sin sentido, sin el compromiso que genera su contenido y fin".

Actuando como ponente de la decisión definitoria de la impugnación interpuesta por el accionante contra el fallo por medio del cual el Tribunal Superior de Cali resolvió por mayoría a no tutelar los derechos de petición y de información reclamados como vulnerados por un abogado litigante, a quien el Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante esa Corporación le negó, por estar amparados con reserva, la expedición de copias de dos procesos en los que se había proferido resolución preclusiva de la investigación y de otra actuación en la que se había dictado decisión inhibitoria, que dice requiere como modelo para trabajar otros procesos similares, he presentado a la Sala proyecto de sentencia confirmatoria no siendo compartida por la mayoría de los Magistrados en cuanto se refiere a los procesos precluídos, viéndome por tanto en el imperativo de salvar respetuosa y parcialmente mi voto, pues no obstante que en la decisión aprobada se recogen algunas de las argumentaciones básicas sustentatorias de la ponencia inicial, como es la preponderancia del derecho a la intimidad del procesado, la comprensión sesgada y relativista que termina dándosele a este derecho, abstrayéndolo a un ámbito teórico prácticamente desvinculado no solo de la función estatal en esta etapa del proceso y su naturaleza, sino de la propia dialéctica que implica la actividad probatoria en un proceso penal, como que en últimas queda dependiendo del subjetivismo de una *sui generis* y *a posteriori* valoración probatoria carente de unos parámetros legales que la regulen, hacen que insista en mi posición, por las siguientes razones:

1. Debe inicialmente advertirse, que si bien los derechos cuya tutela se demanda son los de petición y de información, respecto de los cuales se ocupó el Tribunal separadamente, negando el primero por cuanto lejos del sentido en que se haya hecho, el Fiscal Coordinador sí se pronunció sobre la petición, como así lo reconoce el accionante, y el segundo, por la preponderancia que en estos eventos tiene la reserva procesal por encontrarse de por medio el derecho a la intimidad de la persona que fue objeto de investigación, es lo pertinente precisar si efectivamente se trata del desconocimiento de estos dos derechos o si por el contrario, es únicamente el de petición manifestado para la obtención de una determinada infor-

mación el que se demanda como vulnerado, pues al dar por admitido que el amparo se persigue por los dos referidos derechos, necesariamente habría que concluir que al solo pronunciarse sobre el de información, como lo hace la decisión de la mayoría, ha quedado por resolverse lo relativo al de petición, siendo no solo incompleto el fallo, sino que se estaría incurriendo en un sofisma de petición de principio, por cuanto para poder arribar a la conclusión allí plasmada se impone partir de la dinamización del ejercicio del derecho de petición como mecanismo apto para que en casos como el presente se posibilite la materialización del segundo, más aún en los términos que afirma el criterio mayoritario.

Por tanto, necesario es enfatizar en que, aquí de lo que se trata es del ejercicio del derecho de petición de información y no de dos derechos independientes, como haciéndole eco al accionante lo entendió el *a quo*, ni menos el derecho de información únicamente como lo considera la Sala Mayoritaria, pues *stricto sensu*, es el derecho de petición el que se reclama como desconocido, sólo que por la naturaleza de la solicitud ella lleva implícito el requerimiento de obtener acceso a documentos públicos, sin que la respuesta negativa para acceder a permitir su conocimiento comporte el concurrente efecto de producir menoscabo sobre el segundo.

2. Ahora, en cuanto se refiere al fondo de la problemática planteada en esta acción de tutela, entiende la Sala Mayoritaria que precluída una investigación penal, una tal decisión hace tránsito a cosa juzgada formal y materialmente comprendida, razón por la cual la información allí contenida sería, en principio, de dominio público, teniendo acceso a ella cualquier persona, quedando solo limitada respecto de aquellos documentos que por otro mandato legal deban continuar en reserva y los que al subjetivo criterio del funcionario judicial correspondiente puedan vulnerar el derecho a la intimidad de quien fue procesado, pues la sociedad tiene derecho a conocer aquellas diligencias para ejercer una especie de control civil sobre lo actuado en el proceso.

3. En realidad esta argumentación de lo decidido presenta tantos "claroscuros" que bien podría afirmarse, contradictoriamente, que no obstante estar elaborada para acceder al levantamiento de la reserva, las razones dadas para ello posibilitan llegar a la conclusión opuesta, generando perplejidad, pues ante la evidente dificultad de encontrar un fundamento sólido para sustentar la tesis, opta por recurrir al mismo propuesto en la ponencia no compartida, pero con unos condicionamientos tales que prácticamente lo desdibuja hasta hacerle perder su contenido de esencialmente personal que lo hace caracterizar como absoluto para relativizarlo y atomizarlo, haciéndolo aparecer como aparentemente respetado, cuando al confrontar ese marco teórico con el imperativo de conservarlo en su unidad, generado por la dialéctiva y dinámica interrelación con todo el complejo de elementos sociales que en su proceso contradictorio le dan vida en la órbita propia de cada persona, idealizando segura-

mente un derecho pero que en ninguna medida corresponde al de intimidad. En efecto, dentro de una concepción realista de la relación: persona, intimidad y sociedad, se impone hoy en día comprender, tanto desde un punto de vista filosófico, psicológico y sociológico, además de histórico y hasta político, que la vida íntima entra en una relación dialéctica y dinámica con la sociedad, pues el ser humano proyecta su personalidad en dos dimensiones: una social, externa y otra de regreso hacia sí mismo, ya que el ser humano es individuo y sociedad, constituyendo esta relación dialéctica todo un problema existencial permanente de la humanidad que cobra especiales características en el hombre contemporáneo; de ahí que si bien estas facetas puedan ser discriminables desde una perspectiva teórica, vivencialmente se entrelazan de particular manera en la unidad sustancial del hombre pues, como lo resalta Matilde Zavala de González en su obra sobre el Derecho a la Intimidad, página 13, "...la proyección exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima, y será tanto más rica cuanto más intensa sea ésta: todo lo que el hombre ha creado, antes que hecho y exteriorizado ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo", pero "A la inversa, como el boumerang que necesariamente vuelve al punto de partida, la relación 'hombre mundo' repercute siempre en aquél, moldeándolo y posibilitando su realización y engrandecimiento. Esta interrelación, como toda de naturaleza dialéctica, no sólo es dinámica, sino también fundamentalmente conflictiva: su desenvolvimiento supone una pugna, un choque entre la dimensión personal y la dimensión social del hombre, que ofrece estadios de equilibrio entre intereses contrapuestos", esto es, que no escapando el proceso penal de esa relación, como no puede ser de otra forma, pues sin duda es una clara manifestación de ella, se debe reconocer que el marco límite de esa intimidad solo es predicable por cada individuo respecto del complejo de elementos que conjugados y confundidos en una investigación, es él, el procesado, quien en principio puede internalizar qué de lo interrelacionado constituye su vida privada, su intimidad.

4. Entonces, no se ve cómo en esa compleja interrelación entre lo externo y lo interno y viceversa, un documento o un testimonio que para el funcionario judicial no afecta su intimidad, no pueda afectar la intimidad de otra persona como el incriminado o inclusive a alguna otra de las personas que han intervenido en la investigación; por eso es que el Estado ha optado por respetar el carácter absoluto de este derecho y ante la ausencia de una acusación formal, la proteja en forma general, y si el proceso ha precluido, es esta la interpretación que más se ciñe al artículo 331 del C. de P. P., pues cualquier relativización que se le haga a la intimidad la vuelve acromática, por emplear aquella expresión que recordara Don Luis Jiménez de Asúa para significar los fenómenos jurídicos que quedaban neutrales, sin sentido, sin el compromiso que genera su contenido y fin.

Por ello resulta bastante difícil poder afirmar que sea una determinada declaración o un específico documento el que dentro de un proceso penal pueda incidir o no en la intimidad del procesado, ya que necesariamente todo el conjunto probatorio, directa o indirectamente termina convergiendo en el ámbito intrínseco del individuo, siendo igualmente equivoco partir, por ejemplo como pareciese se da a entender en el fallo de la mayoría, del supuesto de que una determinada prueba es la que afectaría en la intimidad del procesado y reservarse, porque en ella se ha puesto en evidencia algún aspecto negativo de su vida, pues también las que aparentemente lo favorezcan pueden vulnerarla, dependiendo de la incidencia que tenga en la vida privada del individuo, no resultando por tanto preciso dejar en manos del subjetivismo del funcionario judicial que a posteriori y de acuerdo con sus propios valores determine cuándo y qué prueba es la que afectaría la intimidad del sindicado ya que por desconocer sus límites no estaría en capacidad de hacerlo, pues esa interrelación individuo sociedad, resulta impidiéndoselo, pues solo aquél sabe hasta donde lo social se queda en su vida privada.

4. Desenvolviéndose entonces bajo este marco la intimidad, no resulta sanamente razonable comprender que el individuo que ha sido sometido a un proceso penal además de soportar las cargas de intromisión en su intimidad que ha implicado la investigación, deba, no obstante haberse proferido una decisión preclusiva a su favor, acarrear con otra consecuencial equivalente nada menos que a una pérdida intemporal de ese derecho cuando precisamente fue el Estado quien no demostró su responsabilidad penal, estando en plena vigencia para ese momento la presunción de inocencia que vinculada con el derecho a la intimidad impiden sólidamente que no pueda ser de dominio público todo aquello que quedó en el ámbito de las presunciones.

5. Y es que, igualmente, también parece sesgado limitar el respeto a la intimidad solo en cabeza del procesado, pues también estaría en juego la de los testigos y demás personas intervinientes en el proceso que tampoco pueden soportar dicha carga cuando han concurrido a la investigación confiando en su reserva y si bien es cierto cumpliendo con un imperativo legal de concurrir a la instructiva, lo han hecho con la voluntad de colaborar con el Estado para el esclarecimiento de unos determinados hechos y sobre ello nada dice la decisión mayoritaria, pudiendo generar y ojalá así no lo sea, consecuencias negativas hacia el futuro al saberse que si una investigación termina con preclusión sus versiones serán de conocimiento público y quedan en tela de juicio los derechos a la seguridad y a la tranquilidad que creían les garantizaba el proceso, al punto de que hasta la propia víctima puede resultar afectada en su intimidad personal y familiar y hasta en su propia imagen, agravando lo que se ha llamado "victimización secundaria".

6.Partir de la base indemostrada y de espaldas a la violenta realidad sociopolítica que por tradición ha sido la nuestra, entendiendo abstractamente que el derecho a la información tiene una especial categoría dentro de los de su misma especie, quedando incluso relevado de cualquier reglamentación legal, como por mandato constitucional debe ser el ejercicio de los derechos fundamentales, es precisamente desconocer, que ese control social, que al igual lleva implícito el derecho ciudadano de conocer y participar de las actuaciones del Estado a través de sus agentes, no otorga a la ciudadanía en general un mandato arbitrario para que so pretexto de haberse adelantado una investigación que por cualquier circunstancia no alcanzó la etapa pública del juicio, sea posible desconocer la reserva que la naturaleza de esa clase de actuaciones tiene por mandato legal, llegándose a extremos tan inusitados como el de someter a las personas que participaron en la misma a un enfrentamiento con la sociedad en nombre del denominado "Control Civil" a que se refiere la posición mayoritaria, dejando al individuo en un absoluto desamparo, puesto que en estas condiciones, a pesar de estar de por medio todas sus vivencias propias y personalísimas, no tendría como defenderse, ya que la definición de su intimidad queda sujeta a la valoración del funcionario que tenga la investigación bajo su custodia.

Una tal posición, resulta a la postre bastante peligrosa, como se ha reconocido ya en el derecho comparado en las legislaciones expedidas sobre este tema en Alemania, Bélgica, Holanda, Francia, Luxemburgo y Suecia, entre otras, por manera que en el último de los países citados "reforzándose, todavía más, la garantía de los derechos fundamentales frente a eventuales abusos de la informática" al *data leg* promulgado en 1973, se le introdujo una modificación a su artículo 6,2 para prohibir cualquier tipo de informaciones que impliquen valoraciones.

7. Esta legitimación es la que viene a concretarse y por ende a delimitar el ejercicio del derecho de petición, pues es solo a partir de esa titularidad que si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Política, es en principio abstracto e indeterminado, la que materializan los ciudadanos al "pedir información" a la cual tienen o creen tener derecho como es el caso objeto de la tutela cuya decisión mayoritaria no comparto por considerar que se cae en la paradoja de admitir un ejercicio de los derechos sin consideración alguna a que su límite va hasta la lesión de otros y mucho menos del deber ciudadano de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (artículo 95.1 C. P.).

De ahí que, no habiéndose vulnerado el derecho de petición puesto que el elevado por el accionante fue respondido oportuna y eficazmente al interesado, quedaría entonces por establecer si el contenido de la respuesta resulta arbitraria y a su turno desconocedora de la legitimidad del actor para hacer una solicitud de esa naturaleza, teniendo en cuenta que

se trata de actuaciones penales que si bien se encuentran archivadas no pasaron de la etapa instructiva.

A mi juicio, el punto de partida de la decisión mayoritaria, ofrece una confusión en relación con el concepto y fundamentación de los derechos humanos, al precisar que "el derecho a la intimidad, por consecuencia, no ostenta el carácter de absoluto", pues esta es precisamente una de las características que la doctrina universal acepta como predicable de éstos. Distinto es que por esencia, el ejercicio de tales derechos no puede ser absoluto y de que por estar una persona sometida a un proceso penal puede el Estado válidamente limitarlo, siempre y cuando, esa intromisión no atropelle su dignidad, máxime si se tiene en cuenta que a través de esta clase de actuaciones judiciales se ven involucrados otros derechos diversos a los de la libertad, como los de la intimidad y domicilio, entre otros.

Esa además, es la razón por la que, en el proceso penal a diferencia de otros procedimientos se exige del Estado la garantía de igualdad de condiciones y derechos para quienes en calidad de parte en él intervienen, haciéndolo a nombre de la sociedad el Ministerio Público, que a no dudar lo suple el control civil a que se refiere el fallo, que se dice debe ser ejercido por los particulares sobre la función pública, pues en nuestro sistema jurídico no puede entenderse este control frente al proceso penal y menos aún frente a la instrucción en la cual todavía no ha existido acusación, ya que si bien es cierto que alguna doctrina extranjera se refiere a él, bien vale la pena tener en cuenta que nuestro esquema procesal penal es sui generis frente a la legislación comparada en el sentido de que el Ministerio Público no cumple las funciones de Fiscalía como ocurre en otros países sino de representante de los intereses de la sociedad como expresamente lo dispone el numeral 2° del artículo 277 de la Carta Política, sin perder de vista que además por mandato del artículo 119 ibidem es un organismo de control.

8. Finalmente, no resulta comprensible la valoración probatoria a posteriori que reconoce la sentencia mayoritaria, que se afirma debe hacer el funcionario judicial para efectos de determinar qué pruebas vulnerarían el derecho a la intimidad del procesado, pues la ley procesal establece taxativamente los momentos en que puede y debe hacerlo sin que en ella se consagre esta nueva posibilidad que termina convirtiéndose en una apreciación probatoria integral del proceso sin parámetro alguno que la regule y la limite, a no ser que por tal se entienda la propia subjetividad del funcionario, que sin extremos podría hasta llegar a poner en tela de juicio la propia decisión preclusiva o las valoraciones que se hayan emitido dentro del mismo proceso. De allí que siga creyendo que el levantamiento de la referida reserva deba sucumbir ante la trascendencia del derecho a la intimidad entendida en forma general, esto es, no solo frente al

procesado y la presunción de inocencia, amen de los inevitables desvíos que puedan presentarse ante el reconocimiento de que cualquier persona pueda conocer y tener en sus manos tal diligenciamiento que se ha desarrollado bajo el parámetro de la reserva y que con base en él ha contado con la intervención del Estado y de la propia sociedad, siendo sorprendida ésta a posteriori con su publicidad, cuando por mandato legal ha estado en la obligación de poner en conocimiento de las autoridades judiciales aspectos íntimos y de su vida reservada. Sólo valdría preguntarnos qué pasará cuando un testimonio o cualquier prueba, que el funcionario judicial consideró no vulnerador de la intimidad del procesado, llega a las manos de su enemigo o una relación de bienes a las manos de un secuestrador, o los conocimientos científicos de un individuo versado sobre un determinado tema, en fin, cuando la vida privada tenga que quedar condicionada a la que quiera reconocerle el funcionario que deba expedir las copias en los términos en el fallo mayoritario, pues no creo que interrogantes de esta clase puedan solucionarse con el argumento de que la utilización de la información queda bajo la responsabilidad de quien la solicitó, ya que si ya no es reservada habría que determinar cuáles son los límites de su manejo, toda vez que no resultaría suficiente el dar por supuesto que estas limitantes radican exclusivamente en los baremos delictuales, como que pueden existir otro sinnúmero de conductas que sin ser delictivas pueden afectar derechos de los intervinientes en el proceso. Como se ve no son exclusivamente formales las razones que me asisten para disentir del criterio mayoritario de la Sala.

Carlos Augusto Cáliez Argote, Magistrado

Fecha, *ut supra*.

SALVAMENTO DE VOTO

DEBIDO PROCESO PENAL, RESERVA SUMARIAL: el fenómeno de la cosa juzgada no pone fin a la reserva sumarial

"Con la decisión que hace tránsito a cosa juzgada en la fase sumarial se termina la instrucción del proceso, se pone fin a la investigación pero no al sumario, por lo que la actuación allí contenida pasará al archivo con el sello de la reserva que nada ni nadie le ha levantado. El fenómeno de la res iudicata no tiene por efecto poner fin a la reserva del sumario; si así fuera, cuando termina una investigación por prescripción de la acción penal se podría hacer público su contenido, con lo que el Estado perdería el poder de juzgar pero a la vez habría ganado el de divulgar ilegítimamente los elementos de prueba que alcanzó a recopilar, avasallando de este modo la intimidad de quienes por colaboración a sus loables fines o por simple sometimiento a su acción le confiaron parte de su privacidad."

Aunque comparto los argumentos consignados en los salvamentos de los doctores Carlos Augusto Gálvez y Juan Manuel Torres, que en buena parte recogen la fundamentación de la ponencia que fue derrotada y con la cual me identificaba plenamente, sólo haré algunas anotaciones adicionales para explicar mi discrepancia con la decisión de la mayoría.

Para permitir el acceso a la información allegada a los expedientes judiciales, constituye argumento fundamental de la mayoría de la Sala que el principio de la reserva sumarial tiene como finalidad la protección de la investigación y que finalizada ésta a través de una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada "el principio pierde su carácter vinculante y por lo tanto no puede constituirse en argumento válido para negarle a un particular el acceso a la información contenida en el proceso".

En manera alguna puedo compartir este razonamiento, pues a mi juicio la reserva sumarial no sólo se explica en aras de la protección al principio de originalidad y fidelidad de la prueba, esto es para poner a salvo de interferencias o contaminaciones la investigación misma, sino por la necesidad de mantener inviolable la privacidad de las personas que de una u otra manera se ve comprometida en la indagación judicial.

Si la reserva sumarial estuviera instituida únicamente para preservar el material probatorio, carecería de objeto mantenerla una vez se completara el recaudo de las pruebas o se dispusiera la clausura de la investigación, pero todos sabemos que aquella se mantiene hasta cuando cobra ejecutoria la resolución de acusación. Y si lo que se trata es de garantizar la protección a las pruebas en su formación y prístino sentido, habría que extender la reserva para las que se adujeran o practicaran en la etapa de juzgamiento, cuando ya rige la publicidad por la consolidación de una acusación formal, pues igualmente en este estadio tales elementos de convicción estarían expuestos a la manipulación o a la distorsión.

Así pues, si el Estado no sólo está obligado a respetar sino también a proteger la intimidad de los asociados, como nadie duda en reconocer, no se ve cómo si por excepción y en aras de una pretensión punitiva puede aquél incursionar en el fuero privado de éstos, luego, simplemente porque se reconoce la prevalencia de la presunción de inocencia ante el prematuro fracaso de ese cometido, quede legitimada la judicatura para divulgar lo que era y debe seguir siendo reservado.

Con la decisión que hace tránsito a cosa juzgada en la fase sumarial se termina la instrucción del proceso, se pone fin a la investigación pero no al sumario, por lo que la actuación allí contenida pasará al archivo con el sello de la reserva que nada ni nadie le ha levantado. El fenómeno de la *res iudicata* no tiene por efecto poner fin a la reserva del sumario: si así fuera, cuando termina una investigación por prescripción de la acción penal se podría hacer público su contenido, con lo que el Estado perdería el poder de juzgar pero a la vez habría ganado el de divulgar ilegítimamente los elementos de prueba que alcanzó a recopilar, avasallando de este modo la intimidad de quienes por colaboración a sus loables fines o por simple sometimiento a su acción le confiaron parte de su privacidad.

Se dijo en las discusiones en Sala que las diligencias finalizadas con preclusión constituían un "documento histórico", un "caso juzgado" como tantos se ven en escena. Pero francamente no veo conveniente que los funcionarios judiciales, sobre todo los fiscales, puedan convertirse en ingenuos libretistas en desmedro del derecho a la intimidad de los demás, con lo que se permitiría incluso que los medios de comunicación hicieran su propio "juicio" con el material probatorio que desestimó la judicatura o que en todo caso la llevó a precluir la investigación.

Las razones para impedir que se le dé visos de legalidad a lo que no es otra cosa que una perniciosa infidencia judicial se multiplicarían hasta lo infinito, pero ahora es suficiente con agregar a lo ya dicho por mis compañeros de disidencia que el fenómeno de la *res iudicata* impide que el caso sea nuevamente juzgado o investigado, pero entre sus efectos no está el de propiciar la publicidad de lo que la ley ha dispuesto mantener en reserva.

Con el respeto y acatamiento debidos,

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Magistrado.

SALVAMENTO DE VOTO

RESERVA SUMARIAL / DERECHO DE PETICION / DEBIDO PROCESO PENAL: La reserva sumarial sólo puede levantarse cuando se requieran las diligencias en otro proceso

> *"De una información recibida por el Estado por vía de excepción y con fines netamente de investigación penal, no es permitido enterar libremente a cualquier solicitante, mientras no asome ese otro interés constitucionalmente amparado de la celebración de un juicio público*
>
> *[...]*
>
> *La reserva, por último, en nada se opone a la transparencia de las decisiones judiciales, ni a la confianza pública en ellas, si los directamente interesados en el asunto tuvieron la ocasión de concurrir a la controversia sumarial, y la comunidad estuvo representada por el Ministerio Público, sometido además el caso a la revisión de acierto en instancias."*

1. Pese a que comparto en su esencia las razones que fundaban la ponencia inicial presentada para este proceso por el Magistrado doctor Carlos Augusto Gálvez Argote y que de buena manera informan ahora su salvamento de voto, y a las cuales me atengo para abreviar en este caso las que me asisten, considero mi deber precisar que el distanciamiento que tengo con la mayoría de la Sala se funda como lo dije en las sesiones respectivas, en que a mi juicio y con asidero en expresos preceptos constitucionales, de una información recibida por el Estado por vía de excepción y con fines netamente de investigación penal, no es permitido enterar libremente a cualquier solicitante, mientras no asome ese otro interés constitucionalmente amparado de la celebración de un juicio público, Sobre el particular explico:

Es cierto, e indiscutible, como se dice en la decisión de mayoría, que:

"Si se tiene en cuenta que el derecho a la intimidad es un atributo propio de la dignidad humana, resulta claro que el ámbito de privacidad de la persona y de su familia, como de su derecho al buen nombre,

deben ser respetados por el Estado y es igualmente su deber hacerlos respetar de la injerencia indebida de los demás, para de esta manera lograr la tranquilidad, la paz interior y el libre desarrollo de su personalidad".

Pero sucede que esta expresión, que me parece se hace en la providencia sobre una consideración parcial de los artículos 2o. y 15 de la Carta Política, debió también tener en cuenta el artículo 28 Constitucional, lo que habría llevado a confirmar la decisión en este asunto recurrida.

Y es que en este último precepto se consagra, precisamente, el derecho del ciudadano a no ser molestado *en su persona ni en su familia*, ni reducido a detención, prisión o arresto, *ni su domicilio registrado* "sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley", que es precisamente el caso que la tutela se suscita, porque involucra los eventos en los que el Estado tiene que penetrar en la órbita más íntima y privada del individuo, pero por unos *motivos que define la ley, en este caso la instrucción de delitos*, los que jamás podrían hacer extensiva la información de ese modo conseguida, para la utilidad, gusto, capricho y abuso de los demás individuos.

2. Para justificar mi postura disidente estimo indispensable precisar que para lograr los fines que busca la instrucción penal, es necesario que el Estado averigüe y conozca sobre los hechos más íntimos de la persona humana, en la medida en que ellos tengan algún roce con la transgresión que se investiga.

Tal situación se hace evidente cuando el fiscal tiene que preguntar al sindicado por su modo de pensar, por sus más íntimos sentimientos, sus afectos, sus pasiones, sus experiencias sexuales y hasta sus perversiones, sus incursiones y el resultado de ellas en lo económico, sus anhelos, sus frustraciones, el trato con sus parientes y amigos, sus relaciones de vecinos, pormenores de su vida de estudiante o de sus relaciones de pareja, con el propósito de establecer si cometió o pudo cometer el hecho o participar en él, si lo hizo maliciosa, imprudente o inocentemente, si obró con quebranto de sus deberes de solidaridad, buscando el lucro o el mayor perjuicio de la víctima, por odio, miedo, ira o causa semejante, porque todo iría a incidir en la definición de su responsabilidad y aún sobre una graduación de pena, lo que impone a ingresar en el análisis de la personalidad, conjunto que contempla los rasgos más íntimos del individuo.

Ello debe suceder en ocasiones con la víctima y aún con los testigos, así no sea con tanta intensidad, y está bien que así se haga, visto que el fin que se persigue no es otro que el de llegar a la verdad real como esencial de una decisión judicial justa y acertada, fuente de esa convivencia pacífica y de ese orden justo que pregonan nuestra Carta Constitucional.

Mas no se olvide que toda esa indagación se cumple en un estadio donde el procesado goza de la garantía constitucional de presunción de inocencia, la que jamás podrá merecer el más mínimo desdoro, en tanto la actuación no sobrepase a la etapa de la causa, donde se parte de la plena prueba del hecho punible y ya el interés por conocer del proceso se hace público, a fin de garantizarle al individuo la transparencia de su juzgamiento, como a la sociedad confianza en las decisiones de sus jueces, situación que contempla el artículo 29 superior, pero que constituye, frente al derecho a la intimidad una verdadera excepción expresa y justificada.

3. A juicio de la mayoría de la Sala, según se entiende de la providencia que discrepo, *concluido el sumario sin enjuiciamiento*, valga decir, sin que al imputado se le haya quebrantado su presunción de inocencia, puede el Estado divulgar sin otro límite distinto al contemplado en otras leyes lo que se impuso sólo para decidir si había lugar a acusar o no al procesado.

A tal conclusión me opuse y me opongo abierta e irreductiblemente, pues ella conculca a mi modo de ver los cánones de la Carta Política, rompe sin justificación alguna el derecho del individuo a su intimidad, y lo exhibe y deja sometido al escarnio de sus conciudadanos, sin que le quede medio idóneo para defenderse o buscar aclaraciones, porque, repito, la única razón que autorizaba a penetrar en su intimidad era la necesidad de conocer si había ocurrido un delito y si el investigado era responsable, y ya el Estado en el caso de la preclusión o de la cesación, lo que declaró fue que no había lugar al seguimiento de causa.

Con todo el respeto que la Sala me merece, la decisión que se ha tomado me asombra y me hace temer por todas esas personas inocentes infortunada y circunstancialmente involucradas en una averiguación penal, por las abusivamente denunciadas, por las que quisieron ser sinceras y veraces con la administración de justicia en el convencimiento de que a ella (no a los particulares) estaban obligados a decirle la verdad para alcanzar una decisión justa, así en el camino sacrificaran intereses propios de su más íntima y sagrada privacidad.

Y por lo mismo temo que con decisiones como la que aquí se ha tomado, hasta la propia administración de justicia venga con aquellos a sufrir quebranto, pues no será ya fácil que en muchas averiguaciones los sujetos procesales o los terceros concurran a dar un testimonio completo y verdadero.

Me preocupa pensar si es que la Constitución quedó en este aspecto inconsistente o equivocadamente redactada, cuando pese a consagrar como una garantía inviolable la intimidad del individuo, y la presunción de inocencia, a paso seguido da ocasión para que uno y otro sean burlados, muy a pesar de que no halló el Estado motivos para enjuiciar a un ciudadano, al que abandonará al escarnio.

Por ello me pregunto si además del natural recelo que con frecuencia inusitada impide dar en conocimiento de las autoridades hechos que gravemente ofenden el pudor de la víctima, tiene ahora ésta que temer también, que sin llegar a enjuiciar a su ofensor –por la causa que sea–, se agregará su riesgo de soportar la divulgación de aquellos pormenores de su más íntima reserva? O si en el caso de falsedad o fraude deba temer el quejoso que además de perder ante un habilidoso delincuente, vaya a correr el riesgo de ser llevado a burla por la comunidad cuando se quiera ponerle de ejemplo como torpe? O es que quizá una persona adinerada irá a correr el riesgo de acreditar los datos de su hacienda para probar solvencia y preexistencia de bienes que le fueron hurtados, sometiéndose al riesgo de que su información trascienda para que con la complacencia del Estado se le escoja de nuevo como víctima con una información que escapá a la reserva bancaria o tributaria?

Y qué pensar de quien sin estar obligado a declarar, lo hace en interés de la verdad y la justicia, y del mismo imputado que para alcanzar el reconocimiento de su inocencia, debe entregarle a la administración tanta información de su reserva, mas, como premio a su colaboración y rectitud tenga que afrontar vergüenza y riesgo, solo porque otro ciudadano quiso imponerse de su relato?

Los ejemplos se pueden multiplicar sin límite, y frente a ellos todavía me pregunto si es ese el Estado garantista que constitucionalmente tenemos. O si la imagen que queda ahora de la justicia es la de un órgano pronto a las indiscreciones, que agota esfuerzos sigilosos en sus investigaciones buscando la verdad con fines serios y precisos, pero a la postre sirve los lucrativos intereses de quienes viven del lamentable e insolidario oficio de alimentar la curiosidad malsana mostrando de la justicia una imagen-espectáculo, ahora a costa de la inocencia del procesado o de la improcedencia de una acción reconocida en decisión en firme, dejando a riesgo los intereses de tantas personas ocasionalmente involucradas en un sumario, y con mayor o igual razón a quienes fueron víctimas de un delito, y ni siquiera lograron que se juntara prueba que permitiera llevar al delincuente a juicio.

Sigo pensando que no es ese ni el oficio del Estado ni el de la justicia frente a la Carta Constitucional que hoy nos rige. Pero si fuere en realidad así, y soy yo el equivocado, muy pocas ganas me quedan para seguir haciendo parte de esa justicia que no sabe guardar la discreción ni el celo de las informaciones más valiosas que de sí le dieron quienes cumplieron con el deber de asistirla en el logro de sus altos fines, y cuando en divulgarías no media el interés preciso y excepcional del artículo 29 superior (derecho a una causa pública), ni mucho menos un anhelo científico que en nada se perjudicaría con la sola divulgación de las decisiones judiciales definitivas.

La reserva, por último, en nada se opone a la trasparencia de las decisiones judiciales, ni a la confianza pública en ellas, si los directamente interesados en el asunto tuvieron la ocasión de concurrir a la controversia sumarial, y la comunidad estuvo representada por el Ministerio Público, sometido además el caso a la revisión de acierto en instancias.

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado

IMPUGNACION: sustentación/ **REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO. DERECHO A LA SALUD:** vulnera el derecho de los reclusos la actividad sindical de los guardianes que obstruye la remisión a hospitales para continuar con tratamientos médicos urgentes / **TUTELA CONTRA PARTICULARES:** hay indefensión en los reclusos frente a las actuaciones del sindicato de sus guardianes con ocasión del paro laboral

1. Si bien el sindicato de vigilantes es de naturaleza privada, su actividad ha obstaculizado a los reclusos accionantes la atención médica especializada con lo que aflora el estado de indefensión de los actores ante el sindicato, por lo que es procedente la acción de tutela.

2. No obstante en el caso, se reconoce que los guardianes de la cárcel que se encuentran en paro han vulnerado el derecho a la salud de los reclusos que requieren tratamiento médico urgente; ello no implica aceptar legitimidad alguna en el sindicato para haber impuesto de facto las determinaciones que impedían la remisión de los internos al centro de atención médica, siendo precisamente la mediación de esta circunstancia la que hace viable la intervención del juez de tutela. Tampoco se desconoce que en cabeza del INPEC recae la obligación de prestar el servicio público a la salud. En consecuencia, se confirma la orden de remitir a los reclusos al centro médico en las fechas asignadas.

3. Reiteración. El Decreto 2591 de 1991 no le impuso la carga al accionante de sustentar el recurso, ni puede entenderse que ella es conciliable con los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial que señala el artículo 3o. ibidem.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrados Ponentes: Doctores *Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando Arboleda Ripoll.*

Radicación No. 4575

Aprobado Acta No. 85

Por impugnación del representante legal de la accionada Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Asinpec-, dragoneante James López Castillo, revisa la Sala el fallo de mayo 21 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira tuteló los derechos al debido proceso y a la salud que los reclusos Alvaro Home Herrera y Jaime de Jesús Pérez Ramírez, afirman violados por la mencionada asociación sindical.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Cuentan dichos accionantes y otros reclusos que el 4 de marzo último Asinpec inició un paro y elevó ante el Gobierno un pliego de peticiones, "pero a nuestro modo de ver la situación en general es contra nosotros los internos sindicados de diferentes delitos" (fol. 1), ya que a los pocos días tales huelguistas sacaron su propio reglamento con violación al Reglamento Interno de dicha cárcel, a más de que se impide que los reclusos discriminados salgan a cumplir las citas médicas en el Hospital Universitario San Jorge, por lo cual se les está afectando el derecho a la salud.

Pide entonces que se tutelen sus referidos derechos y se practique una inspección judicial para probar lo narrado.

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Admitida la demanda se hicieron las comunicaciones de rigor y se practicó en la cárcel la prueba solicitada (fols. 7 a 19).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se considera en la misma que con respecto a "los internos citados y oídos" (fol. 24), Alvaro Home Herrera y Jaime de Jesús Pérez Ramírez, se les ha desconocido el derecho a la salud, al reiteradamente no habérseles permitido cumplir las citas médicas, máxime que se trata de personas privadas de la libertad y que las referidas citas han sido con el especialista y no con el médico general, por lo cual "esos actos omisivos de la guardia carcelaria, de negarse a conducir los reclusos a las citas médicas con el especialista, constituyen innegablemente, una violación a derecho fundamental consagrado en la constitución, con perjuicio incluso, de tanto o más alcance y transcendencia como el de la vida" (fol. 26).

También estima que se ha violado el debido proceso al no permitir que oportunamente se le practique "un examen técnico de naturaleza psíquica" que dentro del respectivo proceso se ordenó le fuera practicado al interno Home Herrera: "Aquí hay una decisión judicial de suma trascendencia para definir la suerte del acusado, para que se lleve a cabo la audiencia pública sin la cual no hay fallo y fallo oportuno, por lo que se

deriva de ello un entorpecimiento, un estancamiento a la labor judicial en perjuicio indiscutible del recluso, lesionando flagrantemente el debido proceso al cual tiene derecho y derecho fundamental, toda persona objeto de investigación" (fol. 26), dice el fallo.

Tuteló, pues, los derechos invocados "en el sentido de que se les conduzca a los internos a las citas médicas con los especialistas en las horas y fechas señaladas para el efecto" (fol. 27).

La impugnación

El referido James López Castillo impugnó el fallo pero no dio a conocer las razones de su disenso. (fols. 29 y ss.).

Consideraciones de la Corte

1. No obstante el recurrente no sustentó su impugnación, resolverá la Sala de fondo el presente asunto, insistiendo en su criterio mayoritario, según el cual ese requisito no es carga procesal prevista dentro de la acción de tutela y sí en cambio podría resultar contrario a la naturaleza de esta acción pública, donde priman los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial, además de que el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 señala que la impugnación se resolverá sometiendo el fallo de primer grado al análisis de su legalidad.

2. Dentro de la inspección judicial practicada en la Cárcel Nacional de Varones de Pereira primeramente se constató que el accionado Dragoneante y demás guardianes de la Junta Directiva de Asoinpec controlan la entrada y salida de las personas en dicho establecimiento y que no estaban permitiendo el ingreso de los notificadores judiciales (fol. 11).

Escuchado Home Herrera dijo que se le impidió concurrir a una cita que tenía el 6 de mayo para la práctica de un encefalograma, como consecuencialmente también a la audiencia pública en el Juzgado, "y como ellos llevan dos meses de paro, este tiempo es perdido" (fol. 12).

Por su parte, el interno Jaime de Jesús Pérez Ramírez declaró que debido al referido paro no ha podido cumplir con las citas médicas especializadas, no obstante que "seguí muy mal y arrojando más sangre en la orina" (fol. 14).

La Asesora Jurídica de la cárcel aportó una constancia de la respectiva enfermera donde consta que 16 internos, entre los cuales se encuentran Alvaro Home Herrera y Jaime Pérez Ramírez, han perdido varias citas médicas con el especialista debido al mencionado paro decretado por el sindicato (fol. 18).

3. Al revisar esta Sala el fallo de abril 14 último, por medio del cual el mismo Tribunal Superior de Pereira tuteló el derecho a la salud que el

interno José Rubiel López Posada estimó violado por la Asociación Sindical accionada en el presente caso -Ascinpec-, consideró la Sala mayoritariamente en providencia de mayo 26 último (M. P. Doctor Carlos Gálvez Argote), lo que en seguida se dirá, argumentación que por guardar la misma relación con las causas y derechos invocados en el caso presente resulta en lo pertinente aplicable al presente caso:

- El organismo accionado -Ascinpec- es de naturaleza privada; sin embargo, en casos como el presente, en donde como ha quedado visto, se le ha obstaculizado a los accionantes la atención médica especializada, como también concurrir a la culminación de los procesos penales que soportan (concretamente a las audiencias públicas), allora la indefensión de los actores Home Herrera y Pérez Ramírez ante la conducta obstaculizadora del referido sindicato, por lo que es procedente acudir a la acción de tutela, con arreglo al artículo 42-3 del Decreto 2591 de 1991.

"Así lo determinó el propio Director de la Cárcel del Circuito Judicial de Pereira:

'Desde el 5 de Marzo del año en curso, Ascinpec Seccional Pereira se encuentra en Jornada Carcelaria.

...

Debo aclarar que las remisiones que no se cumplieron se les dio trámite común y corriente, es decir, se tramitó por la Oficina Jurídica, se ordenó el traslado, se envió al Comando de Vigilancia para la asignación de escolta, de allí pasa al Comando de Guardia en donde se ejecuta el cumplimiento de la orden, si no se permitía la salida por cuenta de la Jornada Carcelaria se levantaba un acta en donde dejaba constancia de esta situación'.

Debe quedar en claro, no obstante, que el reconocimiento en el caso *sub judice* de la vulneración del derecho a la salud garantizado por la Carta Política y que se ve protegido por la acción constitucional en razón al inescindible nexo existente entre éste y el de la vida en cabeza de López Posada, que es consecuencia de la conducta imputable a los guardianes de la Cárcel de Pereira, no está implicando, desde luego, aceptar legitimidad alguna en el sindicato para haber impuesto *de facto* las determinaciones que impedían la remisión del interno al centro de atención médica, siendo precisamente la mediación de esta circunstancia la que hace viable la positiva intervención del juez de tutela.

Tampoco lo anterior es desconocedor, en manera alguna, de que la obligación de prestación de este servicio público radica en el Inpec, indistintamente que se encuentre con la presencia obstaculizante de la actividad sindical, cuando resulta claro que derechos como la libertad de asociación no pueden soslayar los derechos individuales fundamentales".

Siendo, entonces, las consideraciones transcritas las mismas de ahora, idénticos los derechos conculcados y por lo mismo iguales los razonamientos que aquí proceden, también ahora se confirmará el fallo impugnado.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la providencia impugnada.

2. Ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3 Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (salvó voto), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda* (con salvamento de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

TUTELA CONTRA PARTICULARES, REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO, LEGITIMACION POR PASIVA:

No hay subordinación de los internos en un centro penitenciario respecto del sindicato de sus guardianes, el INPEC es por ministerio de la ley la entidad del Estado responsable de la custodia y vigilancia de los presos (artículo 14 de la ley 65 de 1993) Así, el sindicato de empleados del INPEC jamás podría cumplir la orden que le impartiera en este caso un juez de tutela, por carecer de autoridad para disponer el traslado o la custodia de los internos en los centros carcelarios y penitenciarios.

Con invariable respeto hacia el pronunciamiento de la mayoría, me veo una vez más en la necesidad de distanciarme de la decisión que aquí se adopta por la Sala, criterio discrepante que apoyo en las siguientes razones:

1. Como se reconoce en la providencia que disiento, el sindicato que agremia a los guardianes y empleados del Inpec es una entidad particular.

2. Pero a diferencia, sin embargo, de lo que acaba de reiterar la mayoría, no vislumbro subordinación alguna de los internos en un centro penitenciario, respecto del sindicato de sus guardianes, porque la privación de libertad que sufren aquellos proviene de decisiones judiciales, no de determinaciones gremiales, siendo por ministerio de la ley una entidad del Estado: el Inpec, la encargada de cumplir esos mandatos, y responsable de la custodia y vigilancia de los presos (artículo 14 de la Ley 65 de 1993).

3. Por ser lo anterior así, el Sindicato de empleados del Inpec jamás podría cumplir la orden que le impartiera en estos casos un juez de tutela, por carecer de autoridad para disponer el traslado o la custodia de los internos en los centros carcelarios y penitenciarios, cuidado que le compete al Inpec, y que un juez no podría alterar ni siquiera invocando la guarda de derechos fundamentales, pues estos debe asegurarlos aquí la autoridad y no los particulares.

4. En el caso presente, tanto el señor Home como su compañero de reclusión han advertido, y ello era lógicamente comprensible, que quienes obstruyeron su salida oportuna de la cárcel fueron los guardianes encargados de su custodia, y no otra clase de personas; valga decir que se refirieron a "servidores públicos", así el incumplimiento de sus deberes por los guardianes obedeciera a las instrucciones de su sindicato.

5. Bajo esas circunstancias, no tengo duda en cuanto la tutela debió entenderse interpuesta en contra de los guardianes encargados de cumplir la orden de remisión de los internos, sin que la individualización e indentificación de estos servidores renuentes dificultara la tutela, pues para ello el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 advierte que "De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior", que en este caso correspondía al Director del respectivo establecimiento carcelario, y en su defecto, al Director mismo del Inpec, personas con el deber funcional y la disponibilidad operativa para hacer cumplir las decisiones de los jueces.

Por estos breves pero precisos motivos, consideré en ocasión anterior (radicación No. 4444) y aquí ahora insisto respetuosamente, que la Sala erraba al trasladarle a un particular

> "... deberes que de manera exclusiva le señala la ley hoy al Estado, y cuya imposición a un sindicato desnaturalizan y distorsionan las relaciones que atan las ramas Judicial y Ejecutiva, dejando a riesgo de ridículo unas órdenes emitidas primero por las autoridades administrativas, y ahora por los jueces, mientras de paso se da protagonismo a un movimiento sindical que auspicia la emergencia penitenciaria y carcelaria decretada mediante Resolución 0313 del 29 de enero de 1998, aneja ya a este expediente."

De ahí también, el porqué me siento obligado a reiterar que la decisión que le correspondía a la Sala tenía que ser la de

> "... invalidar lo actuado y retrotraer como correspondía la actuación hasta su inicio, a fin de darle oportunidad a los funcionarios del Inpec de conocer la queja, de contestarla, de hacerse parte y aún de recibir a la postre la orden de actuar, con la seguridad de que ellos sí representaban al Estado, y se asistían del deber de cumplir la orden impartida y realizarla, lo que no es predicable de un presidente de sindicato, que aún impuesto a acatar una orden judicial en tal sentido, podría verse imposibilitado de retirar de una cárcel a un interno, pues no necesariamente reúne esa función oficial con las de liderazgo sindical."

y a concluir ahora como entonces con la expresión de mis temores ante la grave crisis carcelaria que con este claro incumplimiento de deberes se avecina:

"Hubiera querido ser yo el equivocado en un caso tan delicado como el que se analiza, donde tras la apariencia de un tema de rutina, lo que flota bajo la casi imperceptible punta de un conflicto laboral es el profundo e incontenible *iceberg* de la explosiva, sensible, grave y arraigada problemática carcelaria, que ya a esta hora parece definida a hacer ridículo y nugatorio todo el esfuerzo de la jurisdicción penal, hasta constituirse en inminente amenaza de desestabilización para el Estado de Derecho."

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado

Santa Fe de Bogotá, D. C., junio 17 de 1998.

NOTA DE RELATORIA: Véase salvamento de voto publicado con la sentencia 4411 del 5 de mayo de 1998 del doctor Dídimo Páez Velandia.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, CONFLICTO DE COMPETENCIA: Es competente para conocer de la acción de tutela el juez del domicilio de la Dirección General de Cajanal no sólo porque el accionante la dirigió contra él sino porque la solicitud de pensión y el recurso se tramitan en esa Oficina

Es competente para conocer de la acción de tutela el juez del domicilio de la Dirección General de Cajanal no sólo porque el accionante la dirigió contra él sino porque la solicitud de pensión y el recurso se tramitan en esa Oficina. "[...] si bien es cierto la 'atención al usuario' es descentralizada, no lo mismo puede predicarse de las decisiones de reconocimiento de pensión, que corresponden a la Dirección General. [...] no puede caber duda alguna sobre el lugar de la pretendida ocurrencia de la lesión de los derechos fundamentales del libelista."

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Radicación No. 4602

Aprobado Acta No. 85

VISTOS

Decide la Corte la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Sexto Penal Municipal de Medellín y el Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, para decidir sobre la acción de tutela impetrada por el ciudadano Luis Eduardo Castrillón Cadavid, contra el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social, por presunta violación de los derechos de petición, igualdad, seguridad social y propiedad.

ANTECEDENTES

1. El señor Castrillón Cadavid, actuando a nombre propio, presentó ante los jueces penales municipales -reparto- de la ciudad de Medellín,

acción de tutela contra el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social, pues estima que al serle devuelta su petición de reconocimiento de pensión, mediante Resolución 6598 de 1997, emanada de esa Dirección, argumentándole "error en la cédula de ciudadanía" se están quebrantando sus derechos. Además, cree que igual sucede cuando no se resuelven "los recursos interpuestos" contra esa misma determinación.

2. Correspondió el conocimiento de la acción en primer término al Juzgado Sexto Penal Municipal de Medellín, despacho que, invocando el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, decide remitirlo a los jueces penales municipales de esta ciudad pues, dice, la sede principal de Cajanal se encuentra en Santa Fe de Bogotá.

3. El Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal de esta ciudad, al que llegaron las diligencias, aceptó la colisión negativa de competencias propuesta por su homólogo, considerando que Cajanal, si bien es cierto es del orden nacional, posee descentralización en sus servicios para facilitar la atención al usuario, por lo que no puede esperarse que éste se desplace.

Por ello, remite las diligencias a esta Corporación para que sea resuelta la colisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero advertir que es esta Sala Penal la competente para dirimir el conflicto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 270 de 1996, pues se encuentra trabado entre dos despachos de diferente distrito judicial de esta misma especialidad.

A renglón seguido debe decirse que razón le asiste al Juez Penal Municipal de la ciudad de Medellín, cuando remite las diligencias a los jueces de la misma jerarquía de Santa Fe de Bogotá, ya que la acción de tutela a pesar de haber sido presentada en esa ciudad, se dirige claramente contra el Director General de Cajanal, a quien no sólo se le había enviado la solicitud de reconocimiento de la pensión, sino que es de quien se espera la resolución del "recurso" interpuesto contra la determinación denegatoria.

Así, no puede verse tan aisladamente la solución a la problemática, tal como la concibe el Juzgado Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, ya que si bien es cierto la "atención al usuario" es descentralizada, no lo mismo puede predicarse de las decisiones de reconocimiento de pensión, que corresponden a la Dirección General. De ahí que tanto la solicitud como la acción de tutela se hubiesen hecho e interpuesto contra funcionario radicado en esta ciudad.

De esta manera, no puede caber duda alguna sobre el lugar de la pretendida ocurrencia de la lesión de los derechos fundamentales del libelista, debiendo colegirse que la competencia para su conocimiento, de

conformidad con el señalado artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es del juez de Santa Fe de Bogotá, por lo que aquí será radicada.

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

RESUELVE:

1. Asignar la competencia para el conocimiento de la presente acción de tutela al Juez 79 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, en razón a las anteriores consideraciones.

2. Infórmesele de lo aquí decidido a la Juez Sexta Penal Municipal de la ciudad de Medellín.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (con aclaración de voto), *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, CONFLICTO DE COMPETENCIA: el competente para conocer es el juez del lugar donde se afirma se presentan los efectos violatorios o amenazantes de la acción u omisión de la autoridad accionada, para el caso es el juez de lugar donde se busca obtener atención médica para el accionante

"[...] en materia de tutela, atendiendo el factor territorial, no siempre coincide con el lugar donde acontecieron unos hechos o se tomó o dejó de tomarse una determinación, pues siendo el objeto del amparo la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, el acto o la abstención suscitada en un determinado lugar puede proyectar sus efectos violatorios o amenazantes en otros. Tal es el caso de la actuación de un organismo que, no obstante tener su sede principal en determinada ciudad, irradia su ámbito de acción sobre diferentes sitios o en todo el territorio nacional."

La hipotética vulneración de los derechos del accionante a la salud y a la seguridad social por falta de pronunciamiento sobre el recurso interpuesto contra la decisión que negaba el reconocimiento de su pensión, si bien pudo originarse en la sede principal de la entidad, repercute en el lugar del domicilio del solicitante donde finalmente aspira a recibir la atención médica que pretende, así es este el juez competente, donde además se presentó la demanda. (inc. 1° artículo 37 del Decreto 2591 de 1991).

A continuación paso a exponer las razones que me llevan a suscribir esta providencia con aclaración de voto, recordando que la normatividad en vigor acerca de la acción de tutela impone un procedimiento preferente, para que la protección de los derechos fundamentales pueda ser tan inmediata como lo quizo el constituyente.

1° Según he venido expresando en anteriores oportunidades, la competencia en materia de tutela, atendiendo el factor territorial, no siempre coincide con el lugar donde acontecieron unos hechos o se tomó o dejó de

tomarse una determinación, pues siendo el objeto del amparo la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, el acto o la abstención suscitada en un determinado lugar puede proyectar sus efectos violatorios o amenazantes en otros. Tal es el caso de la actuación de un organismo que, no obstante tener su sede principal en determinada ciudad, irradia su ámbito de acción sobre diferentes sitios o en todo el territorio nacional.

La Corte Constitucional ha expresado sobre este aspecto:

"Sin embargo, no siempre se define esa competencia por el sitio en el que físicamente acontecieron los hechos, pues no es lo mismo hablar del acto o de la omisión de una autoridad local, en cuanto a asuntos cuyos efectos apenas se proyectan en la localidad, que referirse a la actuación de un funcionario u organismo que, pese a tener su sede en un determinado lugar -por ejemplo, la capital de la República- y llevar a cabo sus actos allí, ejerce autoridad en todo el territorio nacional. Tal es el caso de los ministros del despacho, cuyos actos, no obstante tener generalmente origen en Santa Fe de Bogotá, se aplican en diversos puntos del país, independientemente del sitio en el cual lo suscriban.

Así, mal podría pensarse que una resolución aplicable a nivel nacional pero firmada en ... únicamente surtiera sus efectos en ese distrito y, por tanto, los posibles perjuicios que su vigencia causara en diversas ciudades o municipios a lo largo y ancho de la geografía nacional, en materia de derechos fundamentales, tuvieran que forzosamente ser reclamados ante los jueces de..." (Sent. T-574, dic. 14/94. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo).

2° En el caso tratado, la entidad accionada, Caja Nacional de Previsión, tiene su domicilio principal en Santa Fe de Bogotá. Con todo, si aquí se reclama atentado a los derechos fundamentales de petición, seguridad social, igualdad, propiedad y a la salud del señor Luis Eduardo Castrillón Cadavid, presuntamente causado por omisión de la entidad accionada en resolver el recurso interpuesto contra la resolución que negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, y por este motivo, dice el actor "no tengo atención en salud", esta presunta transgresión, si bien pudo originarse en la sede principal Santa Fe de Bogotá y ello respalda la asignación de competencia al Juzgado del Distrito Capital trabado en el conflicto, repercute para este caso en Medellín, donde el actor aspira a recibir atención médica.

Observando la naturaleza de los derechos cuya protección se demanda, es indefectible que su hipotética vulneración habría ocurrido primariamente en la ciudad de Medellín, lo cual incide en haber aceptado

allí la competencia territorial, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, el presunto quebrantamiento a los derechos a la seguridad social, la igualdad, la propiedad y la salud que acusa Luis Eduardo Castrillón Cadavid, emergería en donde él se encuentra, la ciudad de Medellín, que por ser su lugar de residencia y la sede de la Seccional de la Caja Nacional de Previsión que le prestaría la atención en salud que reclama, constituye el entorno donde más repercute y tendría efectos primordiales el atentado contra el cual se demanda amparo.

De acuerdo con lo expuesto, en lugar de diferir la definición de la protección pedida, sobre el Juzgado 6° Penal Municipal de Medellín se presentaban motivos válidos que sustentaban su competencia para definir la acción en primera instancia, observando adicionalmente los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia (Decreto 2591/91, artículo 3°).

Con el respeto de siempre,

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado

Fecha, *ut supra*.

DEBIDO PROCESO PENAL: el término de fijación en lista informando sobre el recurso de reposición (artículo 348 inc. 2° del Código de Procedimiento Civil) no se concede para que la parte lo sustente, la negativa del juez accionado a tramitar la reposición no aparece como vulneradora del derecho. El recurso de apelación propuesto de manera subsidiaria sigue la suerte del pronunciamiento desfavorable a la reposición

1. La acción de tutela no puede emplearse para invadir -inconstitucionalmente- las regladas funciones del respectivo juez que tenga a su conocimiento el proceso donde se haya producido la actuación censurada por el accionante en tutela, a todo lo cual se suma el principio universal de la cosa juzgada, los principios constitucionales expresos de las dos instancias, el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia y el sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley. (Reiteración).

2. El término de fijación en lista informando sobre el recurso de reposición (artículo 348 inc. 2° del Código de Procedimiento Civil) no se concede para que la parte lo sustente. Así, la decisión de declarar desierto el recurso de reposición no vulnera el derecho de quien no lo sustentó en tiempo, la Fiscalía no debió siquiera hacer fijación en lista del recurso que simplemente fue enunciado.

Si accesoriamente al recurso de reposición se interpuso el de apelación "[...] el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 28 de la ley 81 de 1993) preceptúa que en estos eventos, negada la reposición y concedida la apelación el proceso quedará a disposición de los sujetos procesales por el término común de 6 días, para que si tienen a bien 'adicionen sus argumentos presentados al momento de interponer la reposición', disposición que avala lo inicialmente dicho, pues, por sustracción de materia, no se pueden adicionar argumentos inexistentes, de donde el traslado dado y la 'adición' hecha por el defensor de la procesada devengan igualmente impertinentes [...]".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D. C., junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Radicación No. 4598

Aprobado Acta No. 89

Por impugnación del apoderado de la accionaste -procesada. Betty del Carmen Urbano Ordóñez-, revisa la Sala el fallo de mayo 22 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali negó por improcedente la acción de tutela promovida para proteger los derechos de petición y al debido proceso, que estima violados por la Fiscalía Delegada ante dicha Corporación.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En escrito dirigido a la Sala Penal de esa Colegiatura se dice que el doctor William Enrique Medina Durán defiende a la accionante en el proceso que se le adelanta por los delitos de falsedades pública y privada, estafa y abuso de circunstancias de inferioridad del cual conoció en primera instancia la Fiscal 56, quien produjo resolución acusatoria el 6 de marzo de 1998 (fol. 1), cuya apelación no fue conocida por la Fiscalía accionada, con el argumento de que el memorial sustentatorio fue presentado extemporáneamente, por lo cual declaró desierta la impugnación.

Anota que es equivocada dicha apreciación, ya que el recurso de apelación, interpuesto subsidiariamente al de reposición sí fue sustentado, como correctamente lo entendió el referido fiscal de primer grado.

Estima que como ya se ordenó que el proceso pase al Juzgado de conocimiento, no tiene otra alternativa que acudir a la tutela, pues estima que se ha incurrido en una vía de hecho, solicitando que se le tutelen los derechos invocados y se ordene a la fiscalía accionada "proceda a tramitar en debida forma el recurso de apelación interpuesto por el suscrito en mi calidad de defensor de la procesada" (fol. 3).

Jura que por estos mismos hechos no ha presentado otra demanda de amparo y adjunta copia de la resolución que declaró desierto el recurso (fols. 4 a 8).

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Avocado el conocimiento se pidieron los informes del caso y se enteró de ello a los interesados (fols. 11 y ss.).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se hacen allí unas consideraciones sobre la concesión de los recursos y el examen que la misma amerita por parte del superior, quien en este

caso obró bien al declarar desierto el recurso, ya que el principal de reposición no fue sustentado al interponerlo sino después y extemporáneamente el de apelación.

Cita el artículo 348-2 del Código de Procedimiento Civil y reitera que el recurso fue correctamente declarado desierto, motivo por el cual concluyó que la acción no es procedente.

De tal decisión salvó el voto el magistrado Juan Bautista Quintero Meza, por considerar que la fiscal de primera instancia "se equivocó y corrió un traslado que habilitó al recurrente para que el día 26 de marzo presentara su argumentación en torno a sus razones para pedir reposición y en subsidio el de apelación. Es decir, que es verdad que la funcionaria fiscal se equivocó y que lo correcto hubiese sido haber decretado desierto el recurso de reposición con fecha 25 de marzo" (fol. 113 infra, y 114).

Estima que no aceptar la apelación aduciendo los mismos argumentos para hacer lo propio con el recurso principal de reposición, constituye "un criterio formalista" que afectó el derecho del defensor a que sus razones fueran conocidas por la segunda instancia y considera que "con desacierto total se determinó declarar desierto el recurso de alzada cuando lo jurídico que puede argumentar el ad quem frente a situación irregular como la que aquí se pretende era la de abstenerse de conocer el fondo de la cuestión por carecer de competencia juzgadora, que es cuestión bien diferente" (fol. 114).

La impugnación

Toma apoyo en el referido salvamento de voto y dice que las razones que sirvieron para rechazar el recurso de reposición no pueden ser esgrimidas para hacer lo propio con el de apelación e insiste en que "el procedimiento fue mal rituado y se produjo grave afectación al derecho fundamental de la defensa" (fol. 119), por lo cual pide que se revoque el fallo y se tutelen los derechos invocados.

Consideraciones de la Corte

1. De modo reiterado e invariable esta Sala de la Corte ha venido sosteniendo con relación a la improcedencia de la tutela contra decisiones judiciales que:

> "Forzoso es recordar que ya al comenzar su vigencia el Decreto 2591 de 1991, las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubiera sido siquiera instituido la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias,

tan solo limitadas, como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley, siendo del caso señalar, por vía de ejemplo, la providencia que en la tutela 152 de mayo 22 de 1992 emitió esta Sala de Casación con ponencia de quien aquí cumple lo propio".

De lo anterior cabe resaltar que la índole meramente subsidiaria y residual de dicha acción constitucional (arts. 86 C.N. y 6-1 dto. 2591 de 1991), no permite operar de manera alternativa ni adicional para invadir –*ahí sí inconstitucionalmente*- las regladas funciones del respectivo juez que tenga a su conocimiento el proceso donde se haya producido la actuación censurada por el accionante en tutela, a todo lo cual se suma "el principio universal de la cosa juzgada (artículo 94 C.N.), los principios constitucionales expresos de las dos instancias (artículo 31 C.N.), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (artículo 96-6 y 7 C.N.) y del sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley (artículo 230 Id.)", como se precisó en la mencionada sentencia de tutela número 152.

Es que si alguien se siente agraviado por una actuación judicial, "el medio judicial de defensa" de que dispone es justamente el ejercicio de los recursos y prerrogativas legales *dentro del mismo proceso en que se dio dicha actuación que no se comparte*, pues es allí donde, de preferencia, están llamadas a su protección las garantías constitucionales. Esto, claro está con la única excepción de que mediante la acción de tutela se pretenda conjurar un perjuicio irremediable proveniente de una ostensible arbitrariedad del funcionario judicial que, así, incurriría en lo que se ha dado en denominar "vías de hecho".

Este criterio, como se sabe, ha sido compartido por la Corte Constitucional desde que, mediante sentencia C-453 de octubre 1° de 1991, declaró la inexequibilidad de los artículos 40, 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, e insistido por esta Sala de Casación Penal (entre otras, en sentencia de agosto 30 de 1995, M.P. Doctor Nilson Pinilla Pinilla).

2. Que no se está en el presente caso frente a vía de hecho alguna lo revela de suyo la siguiente y esencial reseña procesal:

Contra la resolución de marzo 6 último, por medio de la cual la Fiscalía 56 de Cali acusó a Betty del Carmen Urbano por los delitos de falsedad y otros (fol. 36), su defensor (el mismo que presenta esta demanda de tutela) interpuso los recursos de reposición y apelación, cosa que hizo en tiempo (fol. 43).

Pero el impugnante se limitó a enunciar los recursos constitutivos de su disenso, pero no cumplió con la obligación de sustentar éste, como lo exige el inciso 2° del artículo 348 del Código de Procedimiento Civil (aplicable aquí por integración, artículo 21 C.P.P.), según el cual el recurso de reposición "deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustentan".

Como la reposición fue la impugnación principal, al no sustentarse, como el secretario de la fiscalía dejó constancia (fol. 44), no se ha debido hacer fijación en lista de ninguna clase, sino declarar tal recurso desierto, pues la fijación en lista es para que los otros sujetos procesales se refieran a las razones dadas en la referida y necesaria sustentación del mencionado recurso horizontal, pero se reitera que ante la evidente carencia de sustentación no procedía trámite alguno, de donde el que le dio la fiscalía devenga impertinente y sea el que haya originado esta controversia objeto de tutela, pues dentro del traslado en cuestión (arts. 108 y 349 C.P.C.), el impugnante procedió a sustentar *ambos recursos* (fol. 45), sin reparar que el mismo era para *los demás sujetos procesales*, no para él, quien ha debido sustentar, *también ambos recursos*, al interponer la reposición como principal y la apelación como subsidiaria. Repítese que dada tal accesoriedad, los fundamentos que apoyen la reposición son los que a la vez sustentan la apelación, de ahí que el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal (mod. artículo 28 Ley 81/93) preceptúe que en estos eventos, negada la reposición y concedida la apelación el proceso quedará a disposición de los sujetos procesales por el término *común* de 6 días, para que si tienen a bien "adicionen sus argumentos presentados al momento de interponer la reposición", disposición que avala lo inicialmente dicho, pues, por sustracción de materia, no se pueden adicionar argumentos inexistentes, de donde el traslado dado y la "adición" hecha por el defensor de la procesada devengan igualmente impertinentes (fols. 69 y ss.).

No está por demás reiterar que los yerros del secretario no pueden tornar válidas las también erróneas actuaciones subsiguientes de los sujetos procesales, quienes, como el juzgador, deben atenerse únicamente a la legalidad del procedimiento, y no cabe admitir que en estos casos el recurso de apelación se sustente "por separado", pues insístese en que aquí, como subsidiario, sigue inexorablemente la suerte del principal.

Así las cosas, con las aclaraciones hechas se confirmará la providencia impugnada, pues la fiscalía accionada hizo bien en declarar desierta la apelación, pues, en últimas, la misma se sustentó (al igual que la reposición) de manera extemporánea.

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

RESUELVE:

1. *Confirmar* la providencia impugnada, con las aclaraciones hechas en el cuerpo de este proveído.

2. Ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: vulnera el derecho por carecer de competencia, el juez penal que al entrar en vigencia el Decreto 2737 de 1989 siguió conociendo de los procesos que se adelantaban contra personas que al momento de la ocurrencia del hecho punible contaban con edades entre dieciséis y dieciocho años

"[...] los jueces penales que venían conociendo de procesos por delitos imputados a personas cuya edad al momento de la ocurrencia del hecho era de dieciséis años o más, sin llegar a los dieciocho (artículo 34 del decreto 100 de 1980), perdieron la competencia para continuar el trámite (artículo 165 del Decreto 2737 de 1989), pero no solo eso, los asuntos cambiaron de jurisdicción, (en el concepto existente en vigencia de la Constitución de 1886), como quiera que fueron asignados a los jueces de menores o promiscuos de familia.

Así las cosas, los funcionarios que siguieron procesando a las personas que se encontraban al momento del hecho en las condiciones de edad anotadas, como sucedió en el caso que nos ocupa, usurparon funciones que correspondían a otras autoridades, y sometieron a los sujetos a procedimientos y consecuencias que no les eran aplicables, violando con ello garantías fundamentales como [...] el debido proceso y el derecho a la libertad" (paréntesis que citan normas fuera del texto).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Radicación No. 4554

Aprobado Acta No. 90

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionado contra la sentencia de fecha 18 de Mayo de 1998 proferida por

la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual se otorgó la tutela por violación al debido proceso y el derecho a la libertad, en la acción instaurada por la apoderada de Alvaro Azuero Hernández contra decisión del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El 12 de Abril de 1985 Roberto Hernández Pinzón, Alvaro Azuero Hernández, Edgar Gómez Sánchez y Graciela Parra García, despojaron del vehículo al taxista Luis Edgar Olarte Castellanos y posteriormente le ocasionaron la muerte.

2. El Juzgado Penal del Circuito de Ubaté (Cundinamarca), por los hechos narrados, adelantó proceso penal y con sentencia del 6 de Febrero de 1995, condenó a Alvaro Azuero Hernández como coautor del delito de homicidio agravado en Edgar Olarte Castellanos, imponiéndole una pena principal 20 años de prisión.

En las consideraciones de la providencia, con base en el registro civil de nacimiento del condenado, se acepta que el accionante nació el 11 de Mayo de 1968, infiriéndose que para la época de los hechos (12 de Abril de 1985) contaba con 16 años cumplidos.

El Juzgado que dictó la sentencia, a cargo del Doctor Saúl Cardozo Bernate, a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, consideró al procesado mayor de edad y por ende imputable, aplicándole en la sentencia por su responsabilidad pena de prisión y no una medida de seguridad de las que la ley penal establece para los inimputables.

Azuero Hernández fue capturado el 7 de Abril de 1998 y puesto a disposición del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, en cumplimiento de la orden impartida en la sentencia condenatoria que contra aquél se había proferido por la muerte de Olarte Castellanos.

3. En el proceso penal la apoderada del peteme pidió la nulidad por falta de competencia para juzgar a un menor de edad y por consiguiente que se expidieran copias para que su representado fuera juzgado por la jurisdicción de menores, lo cual fue denegado. Este planteamiento se reiteró en la audiencia pública y en la sentencia nuevamente se desestimó.

4. El demandante otorgó poder a la doctora Claudia Lucía Segura Acevedo para que en su nombre promoviera acción de tutela con base en los hechos que se han venido exponiendo. En la demanda se acusó al Juzgado Penal del Circuito de Ubaté de haber desconocido los derechos fundamentales del debido proceso y la libertad personal del actor.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Las razones por las cuales el Tribunal de Cundinamarca tuteló los derechos de peteme, fueron:

1. Con apoyo en varias jurisprudencias de la Corte Constitucional resaltó la regla que contra las providencias judiciales no procede la acción de tutela, salvo en aquellos eventos en que el funcionario judicial a través de una vía de hecho desconozca el ordenamiento jurídico y afecte derechos fundamentales de los destinatarios de sus decisiones.

2. Luego de hacer una evaluación del registro civil de nacimiento de Alvaro Azucro Hernández, la fecha en que se cometió el delito y la legislación acerca de la edad penal (Decreto 2737 de 1989, artículo 165), llega a la conclusión que el condenado fue procesado como un imputable cuando lo cierto es que se trataba de un inimputable, pues contaba con 16 años 11 meses y un día de edad para el momento del crimen.

3. A pesar de haber contado la defensora con la oportunidad para impugnar la sentencia condenatoria, se admite la procedencia de la acción constitucional, por estar comprometidos los intereses de un menor de edad, obligando su indefensión a considerar el desconocimiento de sus derechos.

4. Aunque el proceso se tramitó en vigencia del Decreto 409 de 1971, lo cierto es que al momento de fallarse estaba vigente el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) y por principio de favorabilidad se debió aplicar éste, sin importar el que fuera una norma posterior.

5. Se estima que el juez transgredió de hecho las garantías constitucionales del demandante, como el debido proceso y la libertad individual, sin que pueda aquél recurrir al habeas corpus, ni a la acción de revisión.

6. En la sentencia de tutela se ordena la nulidad parcial del proceso penal desde la providencia que señaló fecha para audiencia pública, porque a partir de esta actuación se estructuró la vía de hecho que afectó la situación jurídica del menor, autorizándose copias de lo actuado para el Juzgado Promiscuo de Familia de Ubaté para lo de su competencia. El Tribunal ordenó investigar penalmente la conducta del Juez que profirió la sentencia.

LA IMPUGNACIÓN

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de apelación el Juez accionado, pidiendo la revocatoria del fallo por improcedencia de la acción de tutela, con base en los siguiente argumentos:

1. El demandante contaba con 16 años para la época del delito, pero como en ese momento eran aplicables la Ley 75 de 1968 y el artículo 34 de la Ley 100 de 1980 que consideraban inimputable sólo al menor de 16 años, el juez al dictar sentencia les dio a estas normas alcance ultractivo.

2. Cuando entró en vigencia el Código del menor (27 de Noviembre de 1987) Alvaro Azucro Hernández contaba con 20 años de edad, razón más

por la que no podía ser tratado como inimputable, a pesar de reconocerse la validez del principio de favorabilidad en materia penal.

3. Se precisa que la tutela es improcedente porque dentro del proceso penal no se ejerció el derecho de impugnación, habiendo hecho tránsito a cosa juzgada la sentencia por la incuria de los sujetos procesales.

CONSIDERACIONES

1. Como se indicó en la relación de los antecedentes que dieron origen a está acción, Alvaro Azuero Hernández fue vinculado junto con otras personas al proceso que se adelantó por el delito de homicidio agravado en Luis Edgar Olarte Castellanos, hecho que ocurrió el 12 de abril de 1985, cuando el mencionado joven tenía dieciséis años de edad. En ese momento estaba vigente el artículo 34 del Decreto 100 de 1980, según el cual por el factor cronológico las personas eran imputables a partir de los dieciséis años.

Estando el proceso en curso se expidió el Decreto Legislativo 2737 de 1989, denominado Código del Menor, que entró en vigencia el 27 de noviembre de ese año, en cuyo artículo 165 dispuso que "Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de 18 años", y en el artículo 167 atribuyó a los jueces de menores o promiscuos de familia el conocimiento de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años.

Ante la claridad de las disposiciones anteriores, lo cual hace que los argumentos del recurrente no sean de recibo, los jueces penales que venían conociendo de procesos por delitos imputados a personas cuya edad al momento de la ocurrencia del hecho era de dieciséis años o más, sin llegar a los dieciocho, perdieron la competencia para continuar el trámite, pero no solo eso, los asuntos cambiaron de jurisdicción, (en el concepto existente en vigencia de la Constitución de 1886), como quiera que fueron asignados a los jueces de menores o promiscuos de familia.

2. Así las cosas, los funcionarios que siguieron procesando a las personas que se encontraban al momento del hecho en las condiciones de edad anotadas, como sucedió en el caso que nos ocupa, usurparon funciones que correspondían a otras autoridades, y sometieron a los sujetos a procedimientos y consecuencias que no les eran aplicables, violando con ello garantías fundamentales como las alegadas por el accionante, esto es el debido proceso y el derecho a la libertad.

Al Juez recurrente no le bastó que la defensora del acriminado le hiciera saber que no podía continuar con el juzgamiento de su representado, ni tampoco que en la audiencia le reiterara la petición apoyada en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de abril de 1990, pues aún así continuó el trámite hasta la finalización de la instancia.

La conducta observada por el funcionario al retener una competencia de la que por mandato legal carecía, es una vía de hecho que vicia de ilegalidad todas las determinaciones tomadas, y que en este momento no tienen una vía judicial para que pueda ser corregidas, pues encontrándose ejecutoriada la sentencia lo único viable es la acción de revisión, pero por supuesto entre sus causales no está prevista ninguna que pueda ser aplicada en este asunto.

Así las cosas, dadas las circunstancias que rodearon la situación jurídica de Alvaro Azuero Hernández, obró acertadamente el Tribunal al tutelar los derechos aducidos por el accionante, (libertad y debido proceso), pero en aplicación del numeral 4° del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, la decisión que correspondía tomar no era anular el proceso penal, para lo cual no es competente el juez de tutela, sino ordenar al Juez del Circuito que pusiera en libertad inmediata al sentenciado, y que rompiendo la unidad procesal remita copia del expediente al juez de menores o de familia competente para invalidar lo actuado respecto de Alvaro Azuero Hernández y tomar las determinaciones procedentes.

En consecuencia, se confirmará el fallo recurrido en cuanto tutela los derechos del accionado, pero se modificarán en el sentido de invalidar la nulidad y la libertad decretadas, para en su lugar disponer que el Juez del Circuito tome las determinaciones señaladas en precedencia.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el fallo impugnado en cuanto tutela los derechos fundamentales a la libertad y debido proceso.

2. Invalidar la nulidad y la orden de libertad decretadas en primera instancia.

3. Ordenar al Juez Penal del Circuito de Ubaté que en virtud de los derechos tutelados disponga en forma inmediata la libertad de Alvaro Azuero Hernández y remita copia del expediente al juez de menores o de familia competente para anular lo actuado en su contra y tomar las determinaciones subsiguientes.

4. Expídanse las copias ordenadas por el Tribunal para que la Fiscalía determine si hay lugar a la investigación del Juez Penal del Circuito.

5. En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

6. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla. Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE TEMATICO SENTENCIAS PUBLICADAS TUTELAS DE SALA DE CASACION PENAL PRIMER SEMESTRE DE 1998

C

· **CAPTURA**

- La revocatoria de una orden de captura es una atribución exclusiva del funcionario judicial que conoce del asunto, el DAS, la Sijiny el juez de tutela no son autoridades competentes 959

· **CONFLICTO DE COMPETENCIA**

- El competente para conocer es el juez del lugar donde se afirma se presentan los efectos violatorios o amenazantes de la acción u omisión de la autoridad accionada, para el caso es el juez del lugar donde se busca obtener atención médica para el accionante (aclaración) 1065

- Es competente para conocer de la acción de tutela el juez del domicilio de la Dirección General de Cajanal no sólo porque el accionante la dirigió contra él sino porque la solicitud de pensión y el recurso se tramitan en esa Oficina 1062

- Es competente para conocer de la tutela el juez del lugar donde se estén produciendo o amenacen producirse actuaciones que pongan en peligro el derecho fundamental invocado, no el del lugar de origen de la acción u omisión 895

· **COMPETENCIA A PREVENCION**

- Es competente para conocer de la tutela el juez del lugar donde se estén produciendo o amenacen producirse actuaciones que pongan en peligro el derecho fundamental invocado, no el del lugar de origen de la acción u omisión 895

D

· DEBIDO PROCESO

- Concepto 874

- Decidido por la autoridad competente un recurso, las partes deben someterse a la decisión pues esa es una de las reglas del debido proceso, la acción de tutela no puede emplearse con la pretensión de desconocer este principio 914

- La tutela no puede emplearse para atacar decisiones definitivas, en especial cuando no se hizo uso de los medios existentes en el proceso para cuestionar la actuación adelantada (Reiteración) ... 905

- Para establecer la vulneración del derecho se requiere demostrar la relación causa a efecto entre la irregularidad procesal y el desconocimiento o merma de las garantías a derechos sustanciales de la persona 981

- Por vía de tutela no pueden ser cuestionados los fundamentos jurídicos de una providencia (Reiteración) 934

· DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION

- Decretada la orden de salida del archipiélago de San Andrés de conformidad con el Decreto 2762 de 1991, no se requiere para su ejecución la declaratoria de "situación irregular" del residente, el trámite dado por la autoridad accionada no se muestra ilegal o caprichoso 1020

· DEBIDO PROCESO DE TUTELA

-El competente para conocer es el juez del lugar donde se afirma se presentan los efectos violatorios o amenazantes de la acción u omisión de la autoridad accionada, para el caso es el juez del lugar donde se busca obtener atención médica para el accionante (aclaración) 1065

- Es competente para conocer de la acción de tutela el juez del domicilio de la Dirección General de Cajanal no sólo porque el accionante la dirigió contra él sino porque la solicitud de pensión y el recurso se tramitan en esa Oficina 1062

-Es insaneable la nulidad que se genera cuando el *a quo* no se pronuncia sobre la totalidad de los extremos de la litis 919

- Hay nulidad en el trámite por falta de legitimación del abogado a quien su mandante revocó el poder antes de presentar acción de tutela 1016

- La falta de citación a la autoridad contra quien finalmente se concede la tutela constituye una irregularidad generadora de nulidad 977

- **DEBIDO PROCESO PENAL**

- El fenómeno de la cosa juzgada no pone fin a la reserva sumarial (salvamento) 1047

- El juez no puede rehusar el reconocimiento de personería al abogado que reemplazado por practicar maniobras dilatorias, retoma el poder 987

- El término de fijación en lista informando sobre el recurso de reposición (artículo 348 inc. 2º del Código de Procedimiento Civil) no se concede para que la parte lo sustente, la negativa del juez accionado a tramitar la reposición no aparece como vulneradora del derecho. El recurso de apelación propuesto de manera subsidiaria sigue la suerte del pronunciamiento desfavorable a la reposición 1068

- La negativa a expedir copias de un expediente archivado no vulnera el derecho del particular. Las partes y los intervinientes en el proceso son los únicos que pueden establecer cuáles actuaciones en caso de divulgarse lesionarían su derecho a la intimidad (salvamento) 1039

- La reserva sumarial sólo puede levantarse cuando se requieran las diligencias en otro proceso (salvamento) 1049

- Los fiscales delegados ante el Tribunal Superior conocen de los procesos contra jueces por el factor subjetivo (artículo 70 num. 2 Código de Procedimiento Penal) no porque opere la figura del desplazamiento (artículo 125 numeral 3º *ibidem*) 948

- Para que un particular pueda obtener copia de los procesos penales archivados, se debe examinar las circunstancias de cada caso y determinar qué piezas del mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes. La negativa genérica a expedir copias vulnera el derecho a la información. 1032

- Si el proceso finalizó por preclusión de la instrucción el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada, siendo posible

bajo la condición anterior la obtención de copias. La misma lógica opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación 1032

- Si la parte o el tercero considera excesivo el decreto de embargo de bienes debe acudir a los mecanismos previstos legalmente, la acción de tutela no es el medio idóneo para obtener su modificación 1027

- Vulnera el derecho al debido proceso por desconocer la garantía de la doble instancia la decisión que le confiere el conocimiento de un recurso de apelación a un fiscal de la misma jerarquía de quien profirió la decisión que se impugna. En ejercicio de una facultad de gestión administrativa orientada a racionalizar y distribuir trabajo, como es al que se otorga a los Fiscales Jefes de Unidad Delegada no pueden modificarse, ni quedar sin efectos, normas legales atributivas de competencia que son de estricto orden público y por tanto de aplicación necesaria, cual ocurre, por ejemplo, con el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal 948

Vulnera el derecho la decisión que ordena restablecer el derecho de propiedad sin tener en cuenta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe 970

- Vulnera el derecho por carecer de competencia, el juez penal que al entrar en vigencia el decreto 2737 de 1989 siguió conociendo de los procesos que se adelantaban contra personas que al momento de la ocurrencia del hecho punible contaban con edades entre dieciséis y dieciocho años 1074

- DERECHO A LA IGUALDAD

- La existencia de diferentes regímenes legales para unos y otros servidores de la Rama Judicial, según se hayan o no acogido voluntariamente al sistema de cesantías retroactivas o al de prestaciones congeladas de liquidación anual, es el supuesto de hecho que impide equiparar en un juicio de igualdad la situación de trabajadores vinculados a distinto régimen 963

- DERECHO A LA INTIMIDAD

- La negativa a expedir copias de un expediente archivado no vulnera el derecho del particular. Las partes y los intervinientes en el proceso son los únicos que pueden establecer cuáles actuaciones en caso de divulgarse lesionarían su derecho a la intimidad (salvamento) . 1039

- Para que un particular pueda obtener copia de los procesos penales archivados, se debe examinar las circunstancias de cada caso y determinar qué piezas de mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes. La negativa genérica a expedir copias vulnera el derecho a la información. ... 1032

- Si el proceso finalizó por preclusión de la instrucción el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada, siendo posible bajo la condición anterior la obtención de copias. La misma lógica opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación 1032

· DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO

- El portador de licencia temporal vigente tiene legitimación para intervenir en asuntos autorizados por la ley estatutaria de la Abogacía. La decisión de negarle el reconocimiento de personería con el argumento de proteger la garantía de defensa técnica, vulnera el derecho del egresado 927

· DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

- La revocatoria de una orden de captura es una atribución exclusiva del funcionario judicial que conoce del asunto; el DAS, la Sijín y el juez de tutela no son autoridades competentes 959

- Vulnera el derecho por carecer de competencia, el juez penal que al entrar en vigencia el decreto 2737 de 1989 siguió conociendo de los procesos que se adelantaban contra personas que al momento de la ocurrencia del hecho punible contaban con edades entre dieciséis y dieciocho años 1074

· DERECHO A LA SALUD

- El INPEC no puede sustraerse de la obligación de proporcionar el servicio de salud a las personas que se encuentran retenidas en estaciones de policía, la negativa de asistencia vulnera el derecho del recluso 1008

- Vulnera el derecho de los reclusos la actividad sindical de los guardianes que obstruye la remisión a hospitales para continuar con tratamiento médicos urgentes 1054

· **DERECHO DE DEFENSA**

- El juez no puede rehusar el reconocimiento de personería al abogado que reemplazado por practicar maniobras dilatorias, retoma el poder 987

- El portador de licencia temporal vigente tiene legitimación para intervenir en asuntos autorizados por la ley estatutaria de la Abogacía. La decisión de negarle el reconocimiento de personería con el argumento de proteger la garantía de defensa técnica, vulnera el derecho del egresado 927

- La inactividad del defensor no implica necesariamente la vulneración del derecho del representado, la dinámica de la gran mayoría de los actos de defensa van de la mano de la realidad misma del proceso y de los informe con que cuente el profesional al que se le encomiendan 905

· **DERECHO DE PETICION**

- La decisión negativa de expedir copias de expedientes archivados eventualmente podría vulnerar el derecho de petición, no el de información (salvamento) 1039

- La obligación de certificar sobre requerimientos; antecedentes judiciales, contravencionales; fugas, tentativa de fuga, órdenes de captura, etc. son exigibles de las autoridades judiciales solo si dentro del proceso se cuenta con la información pertinente, por tanto, en este último evento no se configura vulneración del derecho del recluso. Autoridades ante las cuales se debe acudir para obtener este tipo de informaciones 900

- La reserva sumarial sólo puede levantarse cuando se requieran las diligencias en otro proceso (salvamento) 1049

- Los permisos especiales de que trata el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 no son derechos fundamentales 900

- No es posible pretender por vía de tutela dirigir el manejo de las relaciones internacionales del país en orden a imponer al Ministerio las actuaciones que debe adelantar para verificar la legalidad del traslado de un nacional por parte del gobierno norteamericano 1001

- Para que un particular pueda obtener copia de los procesos penales archivados, se debe examinar las circunstancias de cada caso

y determinar qué piezas de mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes. La negativa genérica a expedir copias vulnera el derecho a la información. ... 1032

- Si el proceso finalizó por preclusión de la instrucción el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada, siendo posible bajo la condición anterior la obtención de copias. La misma lógica opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación 1032

· DERECHOS DEL MENOR

- El juez de tutela debe actuar con cuidado y prudencia cuando ordena el regreso a la cárcel de origen de un recluso trasladado; en la decisión son factores relevantes, los riesgos de movilización del reo y las políticas de descongestión carcelaria 996

- No vulnera el INPEC derechos de los menores por el traslado de la madre reclusa, la protección del niño desamparado está asignada a otras entidades estatales 996

II

· IMPUGNACION

- Sustentación 1054

Sustentación (salvamento) 992

· INCIDENTE DE DESACATO

Ante una petición escrita, la notificación verbal que haga la autoridad al accionante no es respuesta para tener por cumplida la sentencia de tutela que dispuso el amparo al derecho de petición 942

- El sólo hecho de ser Director de la dependencia obligada por la tutela, no hace al funcionario, *per se*, responsable, pasible en su propia libertad, de las malinterpretaciones o de lo que hagan o dejen de hacer distantes subalternos (salvamento) 889

- Es responsable por desacato a sentencia de tutela el Capitán de navío que a pesar de impartir orden conforme a las disposiciones de ésta, es desoído por un subalterno (decreto 85 de 1989, artículo 28) 878

- La sanción por desacato que impone el Juez a un particular se hace en virtud a la facultad correccional de la que se encuentra investido, es un acto eminentemente jurisdiccional cuyo carácter punitivo difiere de la sanción penal propiamente dicha en cuanto ésta se aplica por la comisión de un hecho punible, y aquella procede contra conductas que menosprecian la orden de proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado 867

J

· JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

- Las sentencias de tutela que profiere la Corte Constitucional tienen solo efecto *inter partes* 963

L

· LEGITIMACION ADJETIVA

- Hay nulidad en el trámite por falta de legitimación del abogado a quien su mandante revocó el poder antes de presentar acción de tutela 1016

· LEGITIMACION POR ACTIVA

- Carece de legitimación quien no es parte en el proceso sobre el cual recae la petición de amparo constitucional 970

· LEGITIMACION POR PASIVA

- No hay subordinación de los internos en un centro penitenciario respecto del sindicato de sus guardianes, el Inpec es por ministerio de la ley la entidad del Estado responsable de la custodia y vigilancia de los presos (artículo 14 de la Ley 65 de 1993). Así, el sindicato de empleados del Inpec, jamás podría cumplir la orden que le impartiera en este caso un juez de tutela, por carecer de autoridad para disponer el traslado o la custodia de los internos en los centros carcelarios y penitenciarios (salvamento) 1059

· PRESUPUESTO NACIONAL

- Los actos administrativos que tienen por objeto el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo del Estado no pueden, en ningún momento, desbordar las previsiones presupuestales, salvo que medie la autorización de que trata el artículo 49 de la Ley 179 de 1994 963

· PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

- Esta directriz del constituyente a los administradores de justicia, no es un derecho inherente a la persona; su reclamo debe efectuarse en la respectiva actuación, no por vía de tutela 934

R

· REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA

- El Estado debe suministrar tratamiento médico, hasta la recuperación, al ciudadano cuya salud resultó afectada durante el tiempo que cumplió el servicio militar aún cuando medie la decisión de retiro por incapacidad 923

- El sólo hecho de ser Director de la dependencia obligada por la tutela, no hace al funcionario, *per se*, responsable, pasible en su propia libertad, de las malinterpretaciones o de lo que hagan o dejen de hacer distantes subalternos (salvamento) 889

- Es responsable por desacato a sentencia de tutela el Capitán de navío que a pesar de impartir orden conforme a las disposiciones de ésta, es desoído por un subalterno (decreto 85 de 1989, artículo 28) 878

· REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO

El INPEC no puede sustraerse de la obligación de proporcionar el servicio de salud a las personas que se encuentran retenidas en estaciones de policía, la negativa de asistencia vulnera el derecho del recluso 1008

- El juez de tutela debe actuar con cuidado y prudencia cuando ordena el regreso a la cárcel de origen de un recluso trasladado; en la decisión son factores relevantes, los riesgos de movilización del reo y las políticas de descongestión carcelaria 996

- La obligación de certificar sobre requerimientos: antecedentes judiciales, contravencionales; fugas, tentativa de fuga, órdenes de captura, etc. son exigibles de las autoridades judiciales solo si dentro del proceso se cuenta con la información pertinente, por tanto, en este último evento no se configura vulneración del derecho del recluso. La Sala indica autoridades ante las cuales se debe acudir para obtener este tipo de informaciones 900

- Los permisos especiales de que trata el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 no son derechos fundamentales 900

- No vulnera el INPEC derechos de los menores por el traslado de la madre reclusa, la protección del niño desamparado está asignada a otras entidades estatales 996

- No hay subordinación de los internos en un centro penitenciario respecto del sindicato de sus guardianes, el INPEC es por ministerio de la ley la entidad del estado responsable de la custodia y vigilancia de los presos (art. 14 de la ley 65 de 1993). Así, el sindicato de empleados del INPEC jamás podría cumplir la orden que le impartiera en este caso un juez de tutela, por carecer de autoridad para disponer el traslado o la custodia de los internos en los centros carcelarios y penitenciarios (salvamento) 1059

- Vulnera el derecho de los reclusos la actividad sindical de los guardianes que obstruye la remisión a hospitales para continuar con tratamiento médicos urgentes 1054

· RELACIONES INTERNACIONALES

- No es posible pretender por vía de tutela dirigir el manejo de las relaciones internacionales del país en orden a imponer al Ministerio las actuaciones que debe adelantar para verificar la legalidad del traslado de un nacional por parte del gobierno norteamericano 1061

· RESERVA SUMARIAL

- El fenómeno de la cosa juzgada no pone fin a la reserva sumarial (salvamento) 1047

La reserva sumarial sólo puede levantarse cuando se requieran las diligencias en otro proceso (salvamento) 1049

- La negativa a expedir copias de un expediente archivado no vulnera el derecho del particular. Las partes y los intervinientes en el proceso son los únicos que pueden establecer cuáles actuaciones en caso de divulgarse lesionarían su derecho a la intimidad (salvamento) 1039

- Para que un particular pueda obtener copia de los procesos penales archivados, se debe examinar las circunstancias de cada caso

y determinar qué piezas de mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes. La negativa genérica a expedir copias vulnera el derecho a la información. ... 1032

- Si el proceso finalizó por preclusión de la instrucción el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada, siendo posible bajo la condición anterior la obtención de copias. La misma lógica opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación 1032

S

- SEGURIDAD SOCIAL

- El Estado debe suministrar tratamiento médico, hasta la recuperación, al ciudadano cuya salud resultó afectada durante el tiempo que cumplió el servicio militar aún cuando medie la decisión de retiro por incapacidad 923

T

- TUTELA CONTRA PARTICULARES

- Hay indefensión en los reclusos frente a las actuaciones del sindicato de sus guardianes con ocasión del paro laboral 1054

No hay subordinación de los internos en un centro penitenciario respecto del sindicato de sus guardianes, el INPEC es por ministerio de la ley la entidad del estado responsable de la custodia y vigilancia de los presos (art. 14 de la ley 65 de 1993). Así, el sindicato de empleados del INPEC jamás podría cumplir la orden que le impartiera en este caso un juez de tutela, por carecer de autoridad para disponer el traslado o la custodia de los internos en los centros carcelarios y penitenciarios (salvamento) 1059

INDICE CRONOLOGICO SENTENCIAS PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE 1998
SALA DE CASACION PENAL

Pág.

INCIDENTE DE DESACATO: *la sanción por desacato que impone el Juez a un particular se hace en virtud a la facultad correccional de la que se encuentra investido, es un acto eminentemente jurisdiccional cuyo carácter punitivo difiere de la sanción penal propiamente dicha en cuanto ésta se aplica por la comisión de un hecho punible, y aquella procede contra conductas que menosprecian la orden de proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado*

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 es norma especial que regula y consagra un incidente especial, el desacato en trámite de la acción tutela, norma completa que no deja resquicios para alegar vacíos legales, como lo pretenden los impugnantes al invocar los artículos 407 y 507 del Estatuto Penal Adjetivo con tal de lograr la suspensión de la orden de encarcelamiento.

"Ahora bien, la facultad atribuida al Juez constitucional para imponer una sanción por la renuencia del accionado a cumplir la orden que se le impartió en el fallo de tutela, debe entenderse inmersa dentro del contexto de los poderes disciplinarios que le asiste a todo funcionario judicial, puesto que como máxima autoridad responsable de la conducción de dicho trámite procesal, tiene la obligación de garantizar su normal desarrollo, la realización de los derechos de los sujetos procesales y los de la sociedad en general. Es por eso que el legislador lo dota de herramientas que hacen viable su labor, especialmente en aquellas situaciones en donde se debaten y dirimen conflictos de intereses.

Este tipo de sanción que impone el Juez a un particular en virtud a la facultad correccional de la que se encuentra investido, es un acto eminentemente jurisdiccional cuyo carácter punitivo difiere

de la sanción penal propiamente dicha en cuanto ésta se aplica por la comisión de un hecho punible, en tanto aquella procede contra conductas que menosprecian la orden de proteger el derecho fundamental conculcado o amenazado, para lo cual, en ambos eventos, debe observarse las reglas del debido proceso consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política.

[...] Por contera, ningún derecho fundamental se ha quebrantado a la parte actora, porque [...] de la interpretación armónica [...] de los artículos 52, 27 y 53 del Decreto 2591 de 1991, una es la sanción imponible por desacato derivada del poder disciplinario que le asiste al juez de tutela, y otra resulta ser la que se puede originar de la tipificación de una cualquiera de las conductas delictivas señaladas en el artículo 53, las cuales acarrean responsabilidad penal directa que compete declarar al respectivo juez de la causa." Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: ENERO 27 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4178 - Penal. 867

DEBIDO PROCESO: Concepto

"El debido proceso entendido como el conjunto de garantías que protegen a todo sujeto sometido a un acto de autoridad, y que procuran asegurar durante el desarrollo del respectivo procedimiento el cabal, recto y cumplido ejercicio de las competencias públicas, así como también la razonabilidad y fundamentación conforme a derecho de las decisiones por adoptarse o que se profieran, sólo se verá conculcado en la medida en que la actividad estatal sea el producto de la arbitrariedad de sus agentes." Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: ENERO 27 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4197 - Penal. 874

INCIDENTE DE DESACATO, REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA: *Es responsable por desacato a sentencia de tutela el Capitán de navío que a pesar de impartir orden conforme a las disposiciones de ésta, es desoído por un subalterno (decreto 85 de 1989, artículo 23)*

Es responsable por desacato el Capitán de Navío que a pesar de impartir, en cumplimiento de sentencia de tutela, la orden de permitir el libre tránsito por una calle aledaña a la Escuela Naval de la cual era director, es desoído por un subalterno quien transitoriamente impide el paso por el lugar.

" [...] las órdenes militares no se le encomiendan a cualquier persona dentro de los rangos militares, sino que deben provenir

de quienes ejercen el comando, porque los mandos medios quedan limitados tan solo a trasmitirlas, tal y como lo indica el artículo 13 del invocado ordenamiento (Decreto 085 de 1989) [...] esa calidad, en el caso de la Escuela Naval de Suboficiales radicaba en cabeza de su Director, pues no de otro modo se comprende que el funcionario de tutela le hubiese impuesto a él y no a sus inferiores la obligación de respetar y de cumplir la providencia judicial, sin que el Capitán [...] se haya excusado jamás [...] ni aduciendo el desconocimiento del mandato de tutela [...] ni excusando la existencia de una orden superior o de una contraorden capaz de desvirtuar las por él mismo emitidas.

Y por lo mismo se entiende que el artículo 15 del mismo ordenamiento agregue que 'la responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta', pues a éste se le concede apenas la posibilidad de hacer saber a su superior la posible ilegalidad o abuso que el mandato encierra, al punto de que si aquel insiste por escrito, no tiene el subordinado otra opción distinta que cumplirla, lo que una vez más lleva a ubicar la responsabilidad por acción y aún por omisión en el servidor público encargado de librar la orden respectiva.

En ese orden, una hipótesis mas podría aún entrelejerse, si se estimase que el resultado se dio porque alguna ambigüedad surgiera de la imperfección de la orden emitida [...] solo que bajo un tal supuesto no se podría tampoco excluir la responsabilidad del implicado, pues como ya se ha visto, para su caso es la ley la que le responsabiliza por la orden emitida, lo que no se podría entender de modo diferente, tomando en cuenta el mandato [...] (del artículo 16 decreto 85 de 1989), al extremo que en concordancia con éste, el artículo 28 *ibídem* prescriba que 'Es inaceptable en el superior disculparse con las omisiones, descuidos o excesos de sus subalternos...'

Por todo lo anterior se infiere sin la menor dificultad la culpabilidad del sancionado, pues si la orden judicial de amparo comprometía al Director de la Escuela Naval [...], para la fecha de los hechos a cargo del Capitán de Navío [...]: si éste acepta el conocimiento de ese deber concreto: si a pesar de ello el derecho de los accionantes se violó por personal de la Escuela, cuyas excusas fueron las de estar obedeciendo una orden superior, era este oficial en quien se radicaba el deber de impartir y hacer cumplir la orden de tutela, pues agregado a todo lo anterior el normador consagra una responsabilidad personal y no institucional, acorde con la necesidad de hacer real, efectivo y rápido el ejercicio del derecho

constitucional que hubiese sido conculcado" (paréntesis fuera de texto). Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia. Fecha: ENERO 27 de 1998. Decisión: Confirma Sanción. Notas Aclaratorias: Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla - Salvamento de Voto. Proceso 4227 - Penal. 878

INCIDENTE DE DESACATO, REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA: ***el sólo hecho de ser Director de la dependencia obligada por la tutela, no hace al funcionario, per se, responsable, pasible en su propia libertad, de las malinterpretaciones o de lo que hagan o dejen de hacer distantes subalternos***

El Capitán de Navío que a pesar de impartir, en cumplimiento de sentencia de tutela, la orden de permitir el libre tránsito por una calle aledaña a la Escuela Naval de la cual era director, es desoído por un subalterno quien transitoriamente impide el paso por el lugar, no puede ser sujeto pasible de sanciones personales por desacato.

"Es claro entonces que el Oficial [...] sí comunicó con oportunidad y precisión la instrucción de acatar las órdenes impartidas en el fallo de tutela, y fue atendido por sus colaboradores. [...]

En resumen, los [...] medios de convicción permiten concluir, en mi criterio que no está llamado a establecer responsabilidades militares, ni objetivas ni transferibles hallándose por medio la libertad de las personas, que el Capitán [...], durante la mayor parte de 1996 Director de la Escuela Naval [...], haya desoído las órdenes impartidas por el juez de tutela en este caso. Pudo haberse presentado transitoria desobediencia al fallo, pero no encuentro establecido que se debiera a disposición o negligencia del mencionado Oficial.

[...] sin aparecer mérito para reprocharle a él personalmente el desacato; estimo que el sólo hecho de ser Director de la dependencia obligada por la tutela, no lo puede convertir *per se* en el responsable, pasible en su propia libertad, por lo que malinterpreten, hagan o dejen de hacer distantes subalternos." Magistrado Doctor: Nilson E. Pinilla Pinilla. Salvamento de Voto. Fecha: ENERO 27 de 1998. Proceso: 4227 - Penal. 889

CONFLICTO DE COMPETENCIA, COMPETENCIA A PREVENCION: ***es competente para conocer de la tutela el juez del lugar donde se estén produciendo o amenacen producirse actuaciones que***

pongan en peligro el derecho fundamental invocado, no el del lugar de origen de la acción u omisión

El artículo 37 del decreto 2591 de 1991 "[...] permite sostener que el criterio para determinar el funcionario competente para conocer de la reclamación, no es el del origen de la acción u omisión que la motivan, sino el del lugar donde se estén produciendo o amenacen producirse sus efectos.

[...] Para evitar actuaciones incidentales y garantizar la celeridad en el trámite de la acción de tutela, la norma en cita señala expresamente la competencia a prevención, cuya finalidad es precisamente impedir que cuando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario haya podido presentarse en un complejo marco territorial, los administradores de Justicia promuevan tan nefastas controversias y en consecuencia conozca de la reclamación el juez escogido por el accionante." Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Auto. Fecha: ENERO 29 de 1998. Decisión: Dirime Conflicto. Proceso 4226 - Penal. 895

DERECHO DE PETICION, REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO: *1. Los permisos especiales de que trata el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 no son derechos fundamentales. 2. La obligación de certificar sobre requerimientos, antecedentes judiciales, contravencionales, fugas, tentativa de fuga, órdenes de captura, etc. son exigibles de las autoridades judiciales solo si dentro del proceso se cuenta con la información pertinente, por tanto, en este último evento no se configura vulneración del derecho del recluso. Autoridades ante las cuales se debe acudir para obtener este tipo de informaciones*

"No necesariamente las autoridades judiciales que conocen de un determinado asunto, tienen que certificar sobre requerimientos, antecedentes judiciales, contravencionales, fugas, tentativa de fuga, órdenes de captura, etc. Ello, solo es posible si dentro del proceso se cuenta con la información pertinente. En caso contrario, es bueno precisarle al recurrente, [...] que la información requerida puede obtenerse directamente de los organismos de seguridad del Estado (DAS y Policía Nacional), así como también en el Centro de Información sobre Actividades Delictivas 'CISAD' de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto a los antecedentes judiciales y contravencionales y órdenes de captura vigentes. Y en lo relativo a las posibles fugas o tentativa

de fugas, puede ser obtenida a través de las autoridades carcelarias donde el accionante ha estado privado de su libertad [...] además que, por mandato del artículo 62 del Código Penitenciario y Carcelario, toda persona que ingrese a una Penitenciaría será sometido a un examen médico y evaluación social y moral, 'debiéndose abrir la respectiva cartilla biográfica' en la que deberá anotarse todo dato de interés en la vida del recluso, lo cual permite a los Directores de los Establecimientos Carcelarios, consultar dicha fuente de manera inmediata y precisa, sobre los datos que se requieren para atender las peticiones de los internos, como la relacionada con el permiso que reclama el aquí recurrente."

Efectúa la Sala esta precisión, con el fin de evitar trámites innecesarios y muchas veces equivocados, con mayor razón al entrar en vigencia la Ley 415 de 1997. Magistrado Ponente Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia. Fecha: FEBRERO 03 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4242 - Penal..... 900

DEBIDO PROCESO: *la tutela no puede emplearse para atacar decisiones definitivas, en especial cuando no se hizo uso de los medios existentes en el proceso para cuestionar la actuación adelantada (Reiteración)* /DERECHO DE DEFENSA: *la inactividad del defensor no implica necesariamente la vulneración del derecho del representado, la dinámica de la gran mayoría de los actos de defensa van de la mano de la realidad misma del proceso y de los informes con que cuente el profesional al que se le encomiendan*

"La tarea del defensor suele desdoblarse en las funciones de asistencia y representación. Su actividad, en lo concreto, no esta predeterminada por norma alguna de derecho positivo, ni puede examinarse por vía general.

El control de la legalidad de la actuación y de las decisiones que se toman al interior del proceso, así como la dinámica de la gran mayoría de los actos de defensa, van de la mano de la realidad misma del proceso y de los informes con que cuente, de primera o segunda mano, el profesional al que se le encomiendan. Este, al mismo tiempo, además de tener que velar por la observancia de un proceso legal, tiene como deberes ineludibles los que surgen de la naturaleza pública de la defensa en el sentido de que, pretextando su ejercicio no debe acudir a la interposición de recursos inútiles, a la petición de pruebas insustanciales o inconducentes, a la alegación de nulidades improcedentes o a maniobras de dilación. Ni siquiera está obligado a pedir

invariablemente la declaración de inocencia o el reconocimiento de ventajas que, considere, no prosperarían.

De tal manera, no es posible cuestionar la defensa, y por esta vía la legalidad del proceso, para remover el carácter definitivo de la sentencia, a la misma que se llegó después de que la judicatura publicitó el proceso e introdujo los controles que consideró correctos para garantizar la defensa de la acusada." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: FEBRERO 10 de 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 4210 - Penal. 905

DEBIDO PROCESO: ***decidido por la autoridad competente un recurso, las partes deben someterse a la decisión pues esa es una de las reglas del debido proceso, la acción de tutela no puede emplearse con la pretensión de desconocer este principio.***

Reiteración. "La autonomía de los Funcionarios Judiciales es un derecho - deber que les impone la Constitución de adoptar las decisiones únicamente sometidos al imperio de la ley e igualmente les otorga la facultad de solo estar limitados por esas leyes: en este sentido, resultaría violatorio de tal principio constitucional, que igualmente se integra al debido proceso, la injerencia de un Juez extraño al competente, así se trate de uno constitucional como es el de tutela, para adoptar decisiones que la ley reserva solo al funcionario competente para la solución de cada conflicto."

"La natural falibilidad de la naturaleza humana es una de las justificaciones para la existencia de los recursos al interior de los procesos, con algunas excepciones contempladas en la Constitución y la ley, pero decidido por la autoridad competente el recurso, las partes deben someterse a la decisión, pues esa es una de las reglas del debido proceso, el que hay un funcionario Judicial que pueda adoptar una determinación con fuerza definitiva que ponga fin a la controversia; lo contrario sería violatorio de la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de cualquier organización social." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: FEBRERO 12 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4237 - Penal. 914

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: ***es insaneable la nulidad que se genera cuando el a quo no se pronuncia sobre la totalidad de los extremos de la litis***

Se vulnera el debido proceso de tutela cuando el *a quo* no se pronuncia sobre la totalidad de los extremos de la litis, esta

irregularidad " [...] acarrea la nulidad -y no la revocatoria del fallo de tutela, solución aplicada por la Sala frente a fallos incompletos y no ante vicios estructurales del procedimiento , pues si bien las dos determinaciones conducen a su ineficacia, una tal omisión entraña la violación del debido proceso tutelar, el que, por estar destinado al establecimiento de la eventual vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, implica, entre otros aspectos, la necesidad de allegar los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre todas las acciones u omisiones cuyos efectos se quiere precaver."

La nulidad es insaneable y procede su declaración de oficio " [...] según las voces del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil - aplicable por la remisión que a dicha normatividad hace el artículo 4° del Decreto 306 de 1992 -, pues al omitirse en la sentencia de primer grado el examen del hecho atribuido por la accionante a la entidad demanda, y ocuparse la Corte en segunda instancia del asunto, se privaría a las partes de la oportunidad de impugnar cualquier determinación contraria a sus pretensiones." Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Auto. Fecha: FEBRERO 18 de 1998. Decisión: Decreta Nulidad. Ordena Devolver. Proceso 4232 - Penal. 919

REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA, SEGURIDAD SOCIAL: ***el Estado debe suministrar tratamiento médico, hasta la recuperación, al ciudadano cuya salud resultó afectada durante el tiempo que cumplió el servicio militar aun cuando medie la decisión de retiro por incapacidad***

"Si bien es una obligación de todos los Colombianos cumplir con el servicio Militar, ello no significa que si durante ese periodo se ve afectada su salud el Estado pueda eludir la responsabilidad de prestarle la atención requerida simplemente declarándolo no apto para continuar como soldado activo, pues esa decisión no excluye la prolongación que debe tener el tratamiento médico hasta su recuperación." Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: FEBRERO 24 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 4255 - Penal..... 923

DERECHO DE DEFENSA, DERECHO A LA LIBERTAD DE EJERCER PROFESION U OFICIO: ***el portador de licencia temporal vigente tiene legitimación para intervenir en asuntos autorizados por la ley estatutaria de la Abogacía. La decisión de negarle el reconocimiento de personería con el argumento de proteger la garantía de defensa técnica, vulnera el derecho del egresado.***

"[...] son las disposiciones que rigen la profesión de la abogacía y de la defensoría pública las encargadas de dilucidar en cuáles casos y bajo qué condiciones se hace permisible la actuación ante los despachos judiciales de personas que careciendo del título de abogado sí cuentan con formación y adiestramiento en las disciplinas jurídicas, dejando a salvo la defensa técnica de los sindicados. [...]

Es que cuando el juzgador constitucional delimitó el alcance del debido proceso enunciado en el artículo 29 de la Carta (C-49 de 1996) no partió de la base de que siempre fuera sinónimo de defensa técnica el doctorado, la toma de borla o los pergaminos obtenidos por el defensor en los campos académicos, sino la efectiva garantía de protección a los derechos del procesado dentro del trámite valiéndose de personas jurídicamente idóneas.

[...]

No podía entonces la funcionaria, so pretexto de protegerle al imputado su defensa técnica, negarle al egresado el reconocimiento de personería cuando éste había demostrado la calidad que la ley le exigía para merecerla, haciendo prevalecer su obstinación contra el mandato libre del sindicado, quien de acuerdo con la Constitución había escogido su representante judicial, el mismo que podía *'ejercer la profesión de abogado'*

[...]

La ley estatutaria de la abogacía, en el artículo 31, [...] recoge perfectamente la situación del accionante quien, a fuerza de haber terminado sus estudios superiores de Derecho, cuenta con una licencia temporal para ejercer la profesión de abogado en actuaciones judiciales como la que se tramita contra su poderdante." (paréntesis fuera de texto). Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: FEBRERO 27 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso 4266 - Penal. 927

DEBIDO PROCESO: ***por vía de tutela no pueden ser cuestionados los fundamentos jurídicos de una providencia (Reiteración)*** / **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL:** ***esta directriz del constituyente a los administradores de justicia, no es un derecho inherente a la persona; su reclamo debe efectuarse en la respectiva actuación, no por vía de tutela.***

1. "Los fundamentos jurídicos de esta decisión judicial no pueden ser cuestionados por vía de tutela. En un Estado con las características del nuestro, donde por virtud de los principios de

independencia y autonomía, los jueces están sometidos exclusivamente al imperio de la ley (artículos 228 y 230 de la Constitución Política), se excluye cualquier intromisión extraprocesal para debatir las razones tenidas en cuenta por el juez del proceso al optar por alguna de las diferentes alternativas que el ejercicio de la jurisdicción ofrece. Tal posibilidad implicaría el proferimiento por parte del juez de tutela de ciertas órdenes sobre la conducción del proceso, o la disposición del derecho sustancial, que el funcionario de conocimiento, por su condición de director - responsable de la actuación, está en imposibilidad de acatar."

2. La prevalencia del Derecho sustancial (artículos 228 de la Constitución Política y 9° del Código de Procedimiento Penal) " [...] no es un derecho inherente a la persona, sino una directriz del Constituyente a los Administradores de Justicia, para que, sin perjuicio de las garantías fundamentales de quienes intervienen en el proceso, orienten la actividad judicial a la efectividad del derecho material, por encima del culto ciego a la forma. Por manera que, si no ostenta el carácter de derecho fundamental, la 'prevalencia del derecho sustancial' debe reclamarse al interior de la actuación y no por vía de amparo." Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: MARZO 04 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4282 - Penal. 934

INCIDENTE DE DESACATO: *ante una petición escrita, la notificación verbal que haga la autoridad al accionante no es respuesta para tener por cumplida la sentencia de tutela que dispuso el amparo al derecho de petición*

" [...] No puede darse por cumplido el derecho de petición cuyo amparo se ordenó, pues de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, la notificación verbal procede cuando la petición se ha elevado de la misma manera, pero cuando no es así, debe procurarse enterar al petente por el medio más eficaz, enviándole una citación por 'correo certificado' a la dirección que se haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación o en la que figure en comunicación hecha con ese fin, debiendo anexar la constancia del envío al expediente respectivo." Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: MARZO 09 de 1998. Decisión: Confirma Sanción. Proceso 4342 - Penal. 942

DEBIDO PROCESO PENAL: *1. Los fiscales delegados ante el Tribunal superior conocen de los procesos contra jueces por el*

factor subjetivo (artículo 70 num. 2 Código de Procedimiento Penal) no porque opere la figura del desplazamiento (artículo 125 numeral 3° ibídem) 2. Vulnera el derecho al debido proceso por desconocer la garantía de la doble instancia la decisión que le confiere el conocimiento de un recurso de apelación a un fiscal de la misma jerarquía de quien profirió la decisión que se impugna. En ejercicio de una facultad de gestión administrativa orientada a racionalizar y distribuir trabajo, como es la que se otorga a los Fiscales Jefes de Unidad Delegada no pueden modificarse, ni quedar sin efectos, normas legales atributivas de competencia que son de estricto orden público y por tanto de aplicación necesaria, cual ocurre, por ejemplo, con el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal

De los procesos penales contra jueces conoce el Tribunal Superior del Distrito (artículo 70 Num. 2° Código de Procedimiento Penal) " [...] para el caso en estudio [...] por consiguiente, cuando conoce del proceso la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior [...] , lo hace porque su competencia ha sido fijada en atención a la calidad de funcionarios judiciales en contra de los cuales se inició la investigación [...] en consecuencia, [...] la competencia del Fiscal [...] no está determinada por la modalidad de desplazamiento contemplada en el numeral 3° del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, sino por razón de la calidad de las personas procesadas, siendo entonces aplicable lo dispuesto por el artículo 125 numeral 1° [...] en este orden de ideas, no puede ser de recibo el argumento [...] del fallo esgrimido en el sentido de que en caso presente, el Fiscal Delegado ante el Tribunal esté actuando en primera instancia por haber desplazado al Fiscal Delegado ante los juzgados penales del circuito de esta ciudad, para concluir por esta sola razón que la providencia proferida pueda ser revisada por otro Fiscal de la misma Unidad y rango para efectos de la apelación.

Siendo este el verdadero origen de la competencia del funcionario que conoce en primera instancia [...] le corresponde por lo tanto conocer del recurso de apelación a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia como lo manda la ley. y sobre este particular es de advertir que a esta conclusión no impide llegar la Resolución 2722 de 1994, aducida en la sentencia impugnada como base suficiente para sustentar la asignación de funciones efectuada en la Resolución 062 por el Fiscal Jefe de la Unidad Delegada ante los Tribunales [...] , ello por cuanto, en guarda de principios de claro arraigo constitucional al tenor de los cuales se rige la aplicación del derecho por los poderes públicos, no puede aceptarse que en ejercicio de una facultad de gestión

administrativa orientada a racionalizar y distribuir trabajo, como es la que le otorga la primera de las Resoluciones citadas a los Fiscales Jefes de Unidad Delegada, puedan llegar a modificarse, e inclusive hasta dejar sin efectos, normas legales atributivas de competencia para los distintos órganos de la Fiscalía General de la Nación, normas que cual ocurre, por ejemplo, con el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal , son de estricto orden público y por tanto de aplicación necesaria.

En síntesis, los cambios de compelencia que se produzcan al interior de la Fiscalía, o las asignaciones que se hagan en ella, no pueden traducirse en el desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva que como integrante de la garantía del debido proceso, tienen los sindicados en un proceso penal, tutela que en cuanto al recurso de apelación atañe respecto de las decisiones que adopten funcionarios del ente acusador, implica de suyo la intervención revisora de un órgano jerárquicamente superior al que profirió la resolución impugnada y por lo tanto distinto a este último. [...] entender cosa distinta, [...] conduce a desfigurar la función de garantía que al recurso de apelación le reconoce el artículo 31 de la Constitución Política cuando el mismo es viable de acuerdo con la ley, y obliga en el presente caso a otorgar el amparo solicitado." Magistrado Ponente Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia. Fecha: MARZO 10 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4795 - Civil. 948

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, CAPTURA: *la revocatoria de una orden de captura es una atribución exclusiva del funcionario judicial que conoce del asunto; el DAS, la Sijin y el juez de tutela no son autoridades competentes.*

La pretensión de ordenar al DAS y a la SIJIN cancelar la orden de captura impartida por un Juzgado de Instrucción Criminal extinto " [...] deviene improcedente por cuanto de conformidad con el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, las autoridades de Policía Judicial no están facultadas para cancelar las órdenes de captura, atribución exclusiva del funcionario judicial que la haya impartido o de quien esté conociendo el asunto en el momento en que 'cesen los motivos que dieron lugar a ella' .

Es entonces ante el Despacho Judicial donde finalmente haya quedado radicado el sumario 2201, que debe dirigirse el accionante para elevar su solicitud, sin que la ausencia de antecedentes penales [...], ni el tiempo transcurrido o la calificación que él le da a la conducta imputada, torne en viable el amparo constitucional, pues este excepcional instrumento ha

sido instituido para prohijar derechos fundamentales y no para relevar a los interesados de los trámites mínimos necesarios para obtener de la administración la solución a una situación concreta." Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: MARZO 10 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4303 - Penal. 959

DERECHO A LA IGUALDAD: *La existencia de diferentes regímenes legales para unos y otros servidores de la Rama Judicial, según se hayan o no acogido voluntariamente al sistema de cesantías retroactivas o al de prestaciones congeladas de liquidación anual, es el supuesto de hecho que impide equiparar en un juicio de igualdad la situación de trabajadores vinculados a distinto régimen/* JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: *las sentencias de tutela que profiere la Corte Constitucional tienen solo efecto inter partes/* PRESUPUESTO NACIONAL: *Los actos administrativos que tienen por objeto el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo del Estado no pueden, en ningún momento, desbordar las previsiones presupuestales, salvo que medie la autorización de que trata el artículo 49 de la Ley 179 de 1994*

"La existencia de diferentes regímenes legales para unos y otros servidores de la Rama Judicial, según se hayan o no acogido voluntariamente al sistema de cesantías retroactivas o al de prestaciones congeladas de liquidación anual, es el supuesto de hecho que impide equiparar en un juicio de igualdad la situación de la actora con la de los otros trabajadores a los que se gira anual y cumplidamente la cesantía al Fondo de tal materia al que estén afiliados. Si fueran iguales los dos grupos de trabajadores perdería la reforma laboral el objeto de su adelantamiento y tornaríase entonces igualmente probable que los trabajadores acogidos a la reglamentación de los decretos 57 y 110 de 1993; 106 de 1994 y 43 de 1995, reclamen por la favorable forma de liquidación que los del régimen anterior aún tienen. Tal posibilidad es evidentemente exótica pues cada uno puede reclamar únicamente lo que el marco legal que eligió voluntariamente le otorga, y dentro de tal elección, la mora en el pago de las cesantías parciales era una contingencia probable, por cuanto siempre se presentó y la tardanza en el pago se consideraba compensada por la favorabilidad financiera de la liquidación."

2. Reiteración. Los actos administrativos que tienen por objeto el reconocimiento y pago de las obligaciones a cargo del Estado no

pueden, en ningún momento, desbordar las previsiones presupuestales, salvo que medie la autorización de que trata el artículo 49 de la Ley 179 de 1994. "[...] Pensar que por encima del orden económico del Estado está 'el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos' es, ni más ni menos, anteponer el interés particular sobre el general, en abierta contradicción con el principio constitucional que pregona todo lo contrario."

3. Reiteración. " [...] no hay duda que por su naturaleza los fallos sobre constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional son de obligatoria observancia, pues producen efectos *erga omnes*, mas no así los de revisión de tutelas que únicamente producen efectos *inter partes*." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: MARZO 10 de 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 4306 - Penal.

963

LEGITIMACION POR ACTIVA: *carece de legitimación quien no es parte en el proceso sobre el cual recae la petición de amparo constitucional* / **DEBIDO PROCESO PENAL: *vulnera el derecho la decisión que ordena restablecer el derecho de propiedad sin tener en cuenta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe***

1. Reiteración: ningún tercero puede acudir al mecanismo de defensa constitución en solicitud de amparo, por hechos que no afecten sus derechos fundamentales, a menos que se presente como apoderado o representante del agraviado o, aún, como agente oficioso.

No tiene legitimación quien no es propictario del animal que fue objeto de hurto, ni se constituyó como parte en el proceso contravencional seguido contra su cónyuge como sindicado de dicho hecho punible, litigio en el que se profirió la decisión que se pretende modificar mediante tutela.

2. La determinación censurada, esto es, la de reintegrar al dueño, el animal cuyo hurto denunció aquél y ameritó la investigación penal conocida de autos, advierte la Corte que si bien la decisión se funda en el supuesto de hecho previsto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, alusivo a que las autoridades judiciales deberán, cuando fuere posible, adoptar las medidas tendientes a que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible, no es menos cierto que el fallador al aplicarla, se desentendió en un todo, de un presupuesto indispensable para que pudiera deducirse el efecto querido por el legislador, cual es el que fuere posible el restablecimiento del derecho quebrantado

con el ilícito, ya que al no haber sido encontrado el animal en poder del autor del hecho ilícito, sino de un tercero al que lo transfirió en compraventa y, quien, a su vez, lo regaló a sus menores hijos, aquí accionantes, tal requisito no se estructura.

En efecto, en la decisión cuestionada, olvidó el *a quo* no sólo el contenido del artículo 1871 del Código Civil, sino también que la buena fe se presume mientras la mala fe debe probarse (artículo 769 ibídem), la que no se le demostró al comprador del canino, a tanto que se ordenó cesar todo procedimiento en su contra por no haber cometido hecho punible alguno.

Luego, quien de buena fe contrata con el seudo adquirente está protegido por las normas precitadas, principio que representa un límite de importancia tal, que ha de tenerse siempre en cuenta por las autoridades judiciales, incluso cuando ordenan el restablecimiento del derecho previsto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, pues mientras subsista una apariencia fundada en lo que respecta a la titularidad del derecho de dominio, la transferencia que de éste se haga debe tenerse por válida para todos los efectos, aunque después dicha titularidad se demerite o se torne ineficaz. Magistrado Ponente Doctor Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia. Fecha: MARZO 24 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela Parcial. Proceso 4826 - Civil. 970

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: ***la falta de citación a la autoridad contra quien finalmente se concede la tutela constituye una irregularidad generadora de nulidad***

Hay nulidad de la actuación cuando no se cita al funcionario contra quien se profiere fallo concediendo el amparo. Si bien la informalidad propia de la tutela no obliga al juez a proferir auto avocando el conocimiento de la acción, debe enterar a los servidores públicos o a los particulares que puedan ser objeto de la sentencia sobre la demanda instaurada a fin de garantizar su derecho de defensa. Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Auto. Fecha: ABRIL 21 de 1998. Decisión: Declara Nulidad. Proceso 4384 - Penal. 977

DEBIDO PROCESO: ***para establecer la vulneración del derecho se requiere demostrar la relación causa a efecto entre la irregularidad procesal y el desconocimiento o merma de las garantías o derechos sustanciales de la persona***

"[...] no basta la notoria irregularidad que bien pudo haber pululado al interior del respectivo trámite, si ello no se traduce objetivamente en la relación causa a efecto en la que por razón y

único motivo del desconocimiento o merma de las garantías signadas constitucionalmente se afectaron derechos sustanciales de la persona. Esto es, la transgresión del debido proceso no corresponde simplemente a la errónea o incompleta aplicación de una o varias normas, sino a la cabal demostración de cualquiera de las citadas hipótesis por cuyo ducto se promocionó el deterioro de la garantía procesal con inmediata intromisión en el derecho sustancial. [...]

Por consiguiente, aún resultando innegable un rompimiento a la forma procesal, no todas las veces habrá de configurarse una pedida nulidad del trámite o la operativa de la tutela como acción excepcional. [...]". Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: ABRIL 28 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4392 - Penal. 981

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE DEFENSA: *el juez no puede rehusar el reconocimiento de personería al abogado que reemplazado por practicar maniobras dilatorias, retoma el poder*

En el fallo de casación del octubre 1° de 1996 Rad. 11264 Ponente Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda "la Sala sostuvo que frente a maniobras dilatorias el juez puede reemplazar al abogado de confianza por uno de oficio con el fin de dar inicio a la audiencia pública (o si se da el caso a una sesión de ella o parte de la actuación), sin que proceder de esta manera atente contra garantías fundamentales. Lo anterior no quiere decir que si el defensor de confianza retoma la gestión en forma debida, pueda el funcionario rehusarla, sin perjuicio de que asuma los correctivos pertinentes, al interior del proceso o compulsando hacia el despacho competente las copias a que hubiere lugar."

"[...] si bien el funcionario accionado desplazó al defensor de confianza designado por el procesado [...] señalando el incumplimiento en la gestión encomendada y no aceptó el posterior poder, la situación ya aparece consumada, lo cual igualmente hace improcedente la tutela (Décreto 2591 de 1991, artículo 6 num. 4), en tanto el inriminado designó a la doctora [...] como su nueva apoderada. No obstante, como ya se vio, la abogada [...] renunció al poder, de manera que si la voluntad del implicado aún se inclina por el actor y le restablece el mandato correspondiente, nada se opone a su reconocimiento, claro está con el serio compromiso que implica el ejercicio leal de la defensa técnica y las sanciones en caso de incumplimiento." Magistrado Ponente Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: MAYO 05 de 1998. Decisión: Confirma.

No Tutela. Notas Aclaratorias: Dr. Didimo Páez Velandia - Salvamento de Voto. Proceso 4411 Penal. 986

IMPUGNACION: *sustentación*

Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia. Magistrado Doctor: Dídimo Páez Velandia. Salvamento de Voto. Fecha: MAYO 08 de 1998. Proceso: 4411 - Penal. 992

DERECHOS DEL MENOR, REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO: *1. el juez de tutela debe actuar con cuidado y prudencia cuando ordena el regreso a la cárcel de origen de un recluso trasladado; en la decisión son factores relevantes, los riesgos de movilización del reo y las políticas de descongestión carcelaria. 2. No vulnera el INPEC derechos de los menores por el traslado de la madre reclusa, la protección del niño desamparado está asignada a otras entidades estatales*

1. Si los menores hijos de la reclusa o su progenitora han quedado en desamparo, ello no se debe a la decisión de traslado sino a la privación de la libertad, en cuyo caso no es el INPEC la entidad accionada a la que corresponde velar por su protección sino por ejemplo al ICBF, a donde deberá dirigirse la accionante.

2. "No está demás entonces, llamar la atención del Tribunal *a quo* para que en casos futuros obre con el debido cuidado y prudencia para adoptar decisiones como esta que aquí se recurre, pues no es difícil tener en cuenta los traumatismos de orden económico que generan esta clase de traslados, además que con ellos se desvirtúan los esfuerzos de las autoridades carcelarias por solucionar una etapa tan crítica de congestión como la que actualmente se conoce, sin menospreciar ni los riesgos de fuga ni aquellos que para la vida e integridad de la interna y de sus guardianes implican los desplazamientos previstos." Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia. Fecha: MAYO 05 de 1998. Decisión: Revoca. No Tutela. Proceso 4441 - Penal. 996

RELACIONES INTERNACIONALES, DERECHO DE PETICION: *no es posible pretender por vía de tutela dirigir el manejo de las relaciones internacionales del país en orden a imponer al Ministerio las actuaciones que debe adelantar para verificar la legalidad del traslado de un nacional por parte del gobierno norteamericano*

"[...] no es posible pretender por esta vía dirigir el manejo de las relaciones internacionales del país, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Constitución Política, éstas se fundamentan en la soberanía nacional, el respeto de la autonomía de los pueblos y el reconocimiento de los principios de derecho internacional, función que de manera exclusiva le corresponde dirigir al Presidente de la República por intermedio del Ministro correspondiente (artículos 189.2 y 208 de la Constitución Política); de ahí que no puede por esta vía imponerse al Gobierno una determinada actuación, en un asunto, que si bien, ha llamado la atención de las diversas autoridades nacionales, y por ello se está investigando, no puede perderse de vista, que lejos de juzgar la legalidad o no sobre el procedimiento utilizado para que las autoridades norteamericanas trasladaran al ciudadano colombiano [...] a ese país, es a través de los diferentes convenios y tratados internacionales adoptados por la legislación interna que se debe procurar la más pronta y eficaz solución, como lo está haciendo el Ministerio accionado y el Consulado de Colombia en Miami [...]" Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: MAYO 26 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4476 - Penal. 1001

REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO, DERECHO A LA SALUD: el INPEC *no puede sustraerse de la obligación de proporcionar el servicio de salud a las personas que se encuentran retenidas en estaciones de policía, la negativa de asistencia vulnera el derecho del recluso.*

"El derecho a la salud, inherente a la existencia digna del ser humano y encaminado hacia el aseguramiento del derecho fundamental a la vida, no está suspendido ni restringido para los internos, de ahí que la legislación consagre la obligación estatal de brindarles este servicio, por lo que resulta extraño que ahora el INPEC alegue que ello corresponde al Sistema Nacional de Salud.

[...]

En relación con los reclusos de las estaciones de Policía de la ciudad y que deben permanecer en la cárcel local, el INPEC no puede sustraerse a la obligación de proporcionarles el servicio de salud porque el parágrafo del artículo 19 de la citada ley (ley 63 de 1995) señala que los establecimientos carcelarios nacionales pueden recibir 'presos municipales' y el Instituto, por intermedio de su Director, asumió esa carga, como se desprende de la comunicación enviada a la Directora Regional Central [...] Sin

embargo, debe aclararse la providencia recurrida en el sentido de que tal servicio puede ser prestado por las autoridades distritales, de común acuerdo con el Instituto, de conformidad con las variantes consagradas en dicho precepto" (paréntesis fuera del texto). Magistrado Ponente Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: JUNIO 02 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara. Proceso 4501 - Penal. 1008

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, LEGITIMACION ADJETIVA: ***hay nulidad en el trámite por falta de legitimación del abogado a quien su mandante revocó el poder antes de presentar acción de tutela***

El abogado que interviene en la acción de tutela debe tener poder para actuar en nombre de quien la propone, si el mandato ha sido revocado con antelación a la presentación de la solicitud de amparo se está ante un evento de falta de legitimación, por tanto, le corresponde al juez de conocimiento, una vez enterado, declarar la nulidad de la actuación y la inadmisibilidad de la demanda mediante auto no susceptible de recurso. Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto. Fecha: JUNIO 02 de 1998. Decisión: Declara Nulidad. Devuelve. Proceso 4522 - Penal. 1016

DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION: ***decretada la orden de salida del archipiélago de San Andrés de conformidad con el Decreto 2762 de 1991, no se requiere para su ejecución la declaratoria de "situación irregular" del residente, el trámite dado por la autoridad accionada no se muestra ilegal o caprichoso***

1. Reiteración. Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad que se manifiesta en el hecho de que ser dictados por autoridad competente, y ceñidos a los derroteros establecidos por el legislador.

2. La declaratoria de "situación irregular" a que refiere el Decreto 2762 de 1991, es un acontecimiento de facto que no requiere trámite distinto a su demostración en una cualquiera de las eventualidades legalmente previstas para que resulte inevitable la orden de salida del Archipiélago de San Andrés de la persona afectada, disposición esta que obviamente debe producirse en una resolución administrativa sujeta a los recursos ordinarios.

Así, el término para abandonar el territorio que se concede en ese acto administrativo debe contabilizarse a partir de su ejecutoria, sin que sea necesario expedir nueva resolución que

declare la "situación irregular" para, ante el incumplimiento de salida voluntaria, disponer la conducción del afectado, por parte de las autoridades, fuera del territorio del archipiélago.

Las decisiones adoptadas por la autoridad se ajustan a las prescripciones legales sin que aparezca vulneración de algún derecho de los expuestos por el accionante. Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: JUNIO 09 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4496 - Penal. 1020

DEBIDO PROCESO PENAL: *si la parte o el tercero considera excesivo el decreto de embargo de bienes debe acudir a los mecanismos previstos legalmente, la acción de tutela no es el medio idóneo para obtener su modificación*

" [...] los mecanismos de protección de los derechos de contenido patrimonial tanto del procesado como de las personas naturales o jurídicas que sin estar obligadas a responder penalmente tienen bienes afectados dentro de la actuación, no son pocos dentro del proceso penal (artículos 53, 54, 150-152 del Código de Procedimiento Penal). Y es a ellos a los que se debe acudir cuando el imputado o el tercero encuentran equivocada o excesiva una determinación del contenido que se examina (embargo de bienes). No a la acción de tutela [...]" (paréntesis fuera del texto). Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: JUNIO 09 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4525 - Penal. 1027

DERECHO DE PETICION, DEBIDO PROCESO PENAL, RESERVA SUMARIAL, DERECHO A LA INTIMIDAD: *1. Para que un particular pueda obtener copia de los procesos penales archivados, se debe examinar las circunstancias de cada caso y determinar qué piezas del mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes. La negativa genérica a expedir copias vulnera el derecho a la información. 2. Si el proceso finalizó por preclusión de la instrucción el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada, siendo posible bajo la condición anterior la obtención de copias. La misma lógica opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación*

En las actuaciones que finalizaron con preclusión de la instrucción, las decisiones adquieren firmeza material por tanto, el principio de reserva carece de sentido frente a la cosa juzgada.

Sin embargo, el derecho del particular " [...] a obtener copia de los procesos penales archivados, [...] es posible a condición de que no sea conculcado el derecho a la intimidad de las personas procesadas y tampoco el carácter reservado que pueda seguir acompañando a ciertas piezas de la actuación, como por ejemplo pruebas que se trasladaron a otro proceso todavía sometido a reserva: pruebas trasladadas al expediente de otro proceso aún con carácter reservado, o documentos relacionados con la seguridad nacional.

Así las cosas, el derecho a la intimidad del procesado en un trámite que finalizó con preclusión de la instrucción, en firme y que fue archivado, mal puede constituirse en un argumento que por vía general conduzca a la negativa de expedición de copias del mismo. Será necesario en cada caso examinar sus circunstancias particulares y determinar qué piezas del mismo podrían comprometer el derecho a la intimidad del procesado o cuáles aún conservan su carácter reservado, siendo viable la entrega de las restantes."

"La misma lógica anotada opera frente a investigaciones preliminares en las cuales se haya proferido resolución inhibitoria, a condición de que no sea susceptible de revocación, como sucede cuando se ha declarado la prescripción de la acción penal. En los demás casos, en atención a que el proceso penal es susceptible de ser iniciado en cualquier momento, siempre y cuando aparezcan pruebas nuevas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base a la decisión inhibitoria (artículo 328 del Código de Procedimiento Penal), la reserva de las diligencias impuesta por el artículo 321 del mismo Código - con la salvedad allí mismo establecida y también la del inciso 1° del artículo 331 de la misma obra -, continua operando y por lo tanto no procede la expedición de copias de las mismas." Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Notas Aclaratorias: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote - Salvamento Parcial de Voto. Dres. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Juan Manuel Torres Fresneda - Salvamento de Voto. Proceso 4508 - Penal. 1032

DERECHO DE PETICION: ***la decisión negativa de expedir copias de expedientes archivados eventualmente podría vulnerar el derecho de petición, no el de información*** **/ RESERVA SUMARIAL, DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO A LA INTIMIDAD:** ***la negativa a expedir copias de un expediente archivado no vulnera el derecho del particular. Las partes y los intervinientes en el proceso son los únicos que pueden establecer cuáles***

actuaciones en caso de divulgarse lesionarían su derecho a la intimidad

Es importante determinar cuándo se solicita la protección al derecho de petición de información y cuándo se está frente a dos derechos independientes el de petición y el de información. En el presente caso al abogado se le negó su petición de obtener copias de expedientes archivados, así " [...] es el derecho de petición el que se reclama como desconocido, sólo que por la naturaleza de la solicitud ella lleva implícito el requerimiento de obtener acceso a documentos públicos, sin que la respuesta negativa para acceder a permitir su conocimiento comporte el concurrente efecto de producir menoscabo sobre el segundo."

Dentro de una concepción realista de relación persona, intimidad y sociedad, se impone hoy en día comprender que la vida íntima entra en una relación dialéctica y dinámica con la sociedad, pues el ser humano proyecta su personalidad en la dimensión social y en la interna o personal. La interpelación hombre mundo es fundamentalmente conflictiva, su desenvolvimiento supone pugna entre las dos dimensiones con estadios de equilibrio entre intereses contrapuestos, el proceso penal es una clara manifestación de ella, "[...] se debe reconocer que el marco límite de esa intimidad solo es predicable por cada individuo respecto del complejo sde elementos que conjugados y confundidos en una investigación, es él, el procesado, quien en principio pueda internalizar qué de lo interrelacionado constituye su vida privada, su intimidad. [...]"

Entonces, no se ve cómo en esa compleja interrelación entre lo externo y lo interno un funcionario judicial pueda establecer si con un documento o un testimonio se afecta no la intimidad del incriminado e inclusive la de otras personas que hayan intervenido en la investigación; "[...] por eso es que el Estado ha optado por respetar el carácter absoluto de este derecho y ante la ausencia de una acusación formal, la proteja en forma general, y si el proceso ha precluído, es esta la interpretación que mas se ciñe al artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, pues cualquier relativización que se le haga a la intimidad la vuelve acromática, por emplear aquella expresión que recordara Don Luis Jiménez de Asúa para significar los fenómenos jurídicos que quedaban neutrales, sin sentido, sin el compromiso que genera su contenido y fin.' Magistrado Doctor: Carlos Augusto Gálvez Argote. Salvamento Parcial de Voto. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Proceso: 4508 - Penal 1039

DEBIDO PROCESO PENAL, RESERVA SUMARIAL: *el fenómeno de la cosa juzgada no pone fin a la reserva sumarial*

"Con la decisión que hace tránsito a cosa juzgada en la fase sumarial se termina la instrucción del proceso, se pone fin a la investigación pero no al sumario, por lo que la actuación allí contenida pasará al archivo con el sello de la reserva que nada ni nadie le ha levantado. El fenómeno de la *res iudicata* no tiene por efecto poner fin a la reserva del sumario: si así fuera, cuando termina una investigación por prescripción de la acción penal se podría hacer público su contenido, con lo que el Estado perdería el poder de juzgar pero a la vez habría ganado el de divulgar ilegítimamente los elementos de prueba que alcanzó a recopilar, avasallando de este modo la intimidad de quienes por colaboración a sus loables fines o por simple sometimiento a su acción le confiaron parte de su privacidad." Magistrado Doctor: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Salvamento de Voto. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Proceso: 4508 - Penal 1047

RESERVA SUMARIAL/ DERECHO DE PETICION/ DEBIDO PROCESO PENAL: *La reserva sumarial sólo puede levantarse cuando se requieran las diligencias en otro proceso.*

"De una información recibida por el Estado por vía de excepción y con fines netamente de investigación penal, no es permitido enterar libremente a cualquier solicitante, mientras no asome ese otro interés constitucionalmente amparado de la celebración de un juicio público.

[...]

La reserva, por último, en nada se opone a la transparencia de las decisiones judiciales, ni a la confianza pública en ellas, si los directamente interesados en el asunto tuvieron la ocasión de concurrir a la controversia sumarial, y la comunidad estuvo representada por el Ministerio Público, sometido además el caso a la revisión de acierto en instancias." Magistrado Doctor: Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de Voto. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Proceso: 4508 - Penal 1049

IMPUGNACION: *sustentación*/ REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO, DERECHO A LA SALUD: *vulnera el derecho de los reclusos la actividad sindical de los guardianes que obstruye la remisión a hospitales para continuar con tratamientos médicos urgentes*/TUTELA CONTRA PARTICULARES: *hay indefensión en los reclusos frente a las actuaciones del sindicato de sus guardianes con ocasión del paro laboral*

1. Si bien el sindicato de vigilantes es de naturaleza privada, su actividad ha obstaculizado a los reclusos accionantes la atención médica especializada con lo que aflora el estado de indefensión de los actores ante el sindicato, por lo que es procedente la acción de tutela.

2. No obstante en el caso, se reconoce que los guardianes de la cárcel que se encuentran en paro han vulnerado el derecho a la salud de los reclusos que requieren tratamiento médico urgente: ello no implica aceptar legitimidad alguna en el sindicato para haber impuesto de facto las determinaciones que impedían la remisión de los internos al centro de atención médica, siendo precisamente la mediación de esta circunstancia la que hace viable la intervención del juez de tutela, tampoco se desconoce que en cabeza del INPEC recae la obligación de prestar el servicio público a la salud. En consecuencia, se confirma la orden de remitir a los reclusos al centro médico en las fechas asignadas.

3. Reiteración. El Decreto 2591 de 1991 no le impuso la carga al accionante de sustentar el recurso, ni puede entenderse que ella es conciliable con los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial que señala el artículo 3o. ibídem.

Magistrados Ponentes Doctores Fernando E. Arboleda Ripoll y Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Notas Aclaratorias: Dres. Dídimo Páez Velandia y Juan Manuel Torres Fresneda Salvamento de Voto. Proceso 4575 - Penal. 1054

TUTELA CONTRA PARTICULARES, REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO, LEGITIMACION POR PASIVA:

No hay subordinación de los internos en un centro penitenciario respecto del sindicato de sus guardianes, el INPEC es por ministerio de la ley la entidad del Estado responsable de la custodia y vigilancia de los presos (artículo 14 de la ley 65 de 1993) Así, el sindicato de empleados del INPEC jamás podría cumplir la orden que le impartiera en estos casos un juez de tutela, por carecer de autoridad para disponer el traslado o la custodia de los internos en los centros carcelarios y penitenciarios. Magistrado Doctor: Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de Voto. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Proceso: 4575 - Penal 1059

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, CONFLICTO DE COMPETENCIA: ***es competente para conocer de la acción de tutela el juez del domicilio de la Dirección General de Cajanal no sólo porque el***

accionante la dirigió contra él sino porque la solicitud de pensión y el recurso se tramitan en esa Oficina

Es competente para conocer de la acción de tutela el juez del domicilio de la Dirección General de Cajanal no sólo porque el accionante la dirigió contra él sino porque la solicitud de pensión y el recurso se tramitan en esa Oficina. " [...] si bien es cierto la 'atención al usuario' es descentralizada, no lo mismo puede predicarse de las decisiones de reconocimiento de pensión, que corresponden a la Dirección General. [...] no puede caber duda alguna sobre el lugar de la pretendida ocurrencia de la lesión de los derechos fundamentales del libelista." Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Auto. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Decisión: Dirime Conflicto. Notas Aclaratorias: Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla - Aclaración de Voto. Proceso 4602 - Penal. 1062

DEBIDO PROCESO DE TUTELA, CONFLICTO DE COMPETENCIA: *el competente para conocer es el juez del lugar donde se afirma se presentan los efectos violatorios o amenazantes de la acción u omisión de la autoridad accionada, para el caso es el juez de lugar donde se busca obtener atención médica para el accionante*

" [...] en materia de tutela, atendiendo el factor territorial, no siempre coincide con el lugar donde acontecieron unos hechos o se tomó o dejó de tomarse una determinación, pues siendo el objeto del amparo la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, el acto o la abstención suscitada en un determinado lugar puede proyectar sus efectos violatorios o amenazantes en otros. Tal es el caso de la actuación de un organismo que, no obstante tener su sede principal en determinada ciudad, irradia su ámbito de acción sobre diferentes sitios o en todo el territorio nacional."

La hipotética vulneración de los derechos del accionante a la salud y a la seguridad social por falta de pronunciamiento sobre el recurso interpuesto contra la decisión que negaba el reconocimiento de su pensión, si bien pudo originarse en la sede principal de la entidad, repercute en el lugar del domicilio del solicitante donde finalmente aspira a recibir la atención médica que pretende. así es este el juez competente, donde además se presentó la demanda (inc. 1°. Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991). Magistrado Doctor: Nilson Pinilla Pinilla. Aclaración de Voto. Fecha: JUNIO 17 de 1998. Proceso: 4602 - Penal..... 1065

DEBIDO PROCESO PENAL: *el término de fijación en lista informando sobre el recurso de reposición (artículo 348 inc. 2° del Código de Procedimiento Civil) no se concede para que la parte lo sustente, la negativa del juez accionado a tramitar la repasición no aparece como vulneradora del derecho. El recurso de apelación propuesto de manera subsidiaria sigue la suerte del pronunciamiento desfavorable a la reposición*

1. La acción de tutela no puede emplearse para invadir - inconstitucionalmente - las regladas funciones del respectivo juez que tenga a su conocimiento el proceso donde se haya producido la actuación censurada por el accionante en tutela, a todo lo cual se suma el principio universal de la cosa juzgada, los principios constitucionales expresos de las dos instancias, el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia y el sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley. (Reiteración).

2. El término de fijación en lista informando sobre el recurso de reposición (artículo 348 inc. 2° del Código de Procedimiento Civil) no se concede para que la parte lo sustente. Así, la decisión de declarar desierto el recurso de reposición no vulnera el derecho de quien no lo sustentó en tiempo, la Fiscalía no debió siquiera hacer fijación en lista del recurso que simplemente fue enunciado.

Si accesoriamente al recurso de reposición se interpuso el de apelación "[...] el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 28 de la ley 81 de 1993) preceptúa que en estos eventos, negada la reposición y concedida la apelación el proceso quedará a disposición de los sujetos procesales por el término común de 6 días, para que si tienen a bien 'adicionen sus argumentos presentados al momento de interponer la reposición', disposición que avala lo inicialmente dicho, pues, por sustracción de materia, no se pueden adicionar argumentos inexistentes, de donde el traslado dado y la 'adición' hecha por el defensor de la procesada devengan igualmente impertinentes [..]". Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia. Fecha: JUNIO 24 de 1998. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso 4598 - Penal. 1068

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: *vulnera el derecho por carecer de competencia, el juez penal que al entrar en vigencia el decreto 2737 de 1989 siguió conociendo de los procesos que se adelantaban contra personas que al momento de la ocurrencia del hecho punible contaban con edades entre dieciséis y dieciocho años*

"[...] los jueces penales que venían conociendo de procesos por delitos imputados a personas cuya edad al momento de la ocurrencia del hecho era de dieciséis años o mas, sin llegar a los dieciocho (artículo 34 del decreto 100 de 1980), perdieron la competencia para continuar el trámite (artículo 165 del Decreto 2737 de 1989), pero no solo eso, los asuntos cambiaron de jurisdicción, (en el concepto existente en vigencia de la Constitución de 1886), como quiera que fueron asignados a los jueces de menores o promiscuos de familia.

Así las cosas, los funcionarios que siguieron procesando a las personas que se encontraban al momento del hecho en las condiciones de edad anotadas, como sucedió 0en el caso que nos ocupa, usurparon funciones que correspondían a otras autoridades, y sometieron a los sujetos a procedimientos y consecuencias que no les eran aplicables, violando con ello garantías fundamentales como [...] el debido proceso y el derecho a la libertad" (paréntesis que citan normas fuera del texto). Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: JUNIO 25 de 1998. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Modifica. Proceso 4554 - Penal. 1074



En la Imprenta Nacional de Colombia
se realizó la impresión de la
«Gaceta Judicial, Sala de Casación Penal - Tutelas
Primer Semestre de 1998 - Volumen III»
y terminó su impresión en agosto de 1999.

Evistitia et Litterae